

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2018
137

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 XLV – 2º semestre de 2018 – N. 137 – Florianópolis – SC – 2019

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Diretor

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

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

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.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	07
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	47
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	63
Primeira Vice-Presidência.....	64
Segunda Vice-Presidência.....	80
Terceira Vice-Presidência.....	101
Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência..	109
Conselho da Magistratura.....	131
Órgão Especial.....	148
Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos.....	190
Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos.....	227
Grupo de Câmaras de Direito Civil.....	252
Primeira Câmara de Direito Civil.....	286
Segunda Câmara de Direito Civil.....	318
Terceira Câmara de Direito Civil.....	341
Quarta Câmara de Direito Civil.....	356
Quinta Câmara de Direito Civil.....	375
Sexta Câmara de Direito Civil.....	397
Grupo de Câmaras de Direito Comercial.....	358
Primeira Câmara de Direito Comercial.....	436
Segunda Câmara de Direito Comercial.....	453
Terceira Câmara de Direito Comercial.....	493
Quarta Câmara de Direito Comercial.....	527
Quinta Câmara de Direito Comercial.....	554
Grupo de Câmaras de Direito Público.....	580

Primeira Câmara de Direito Público.....	599
Segunda Câmara de Direito Público.....	626
Terceira Câmara de Direito Público.....	642
Quarta Câmara de Direito Público.....	662
Quinta Câmara de Direito Público.....	694
Primeiro Grupo de Direito Criminal.....	709
Segundo Grupo de Direito Criminal.....	726
Primeira Câmara Criminal.....	752
Segunda Câmara Criminal.....	771
Terceira Câmara Criminal.....	797
Quarta Câmara Criminal.....	818
Quinta Câmara de Direito Criminal.....	830
Primeiro Grau.....	847
ARTIGOS.....	1106
DISCURSOS.....	1139
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	1150
ÍNDICE NUMÉRICO.....	1171
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	1177
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	1187



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(julho de 2019)

Presidente

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Segundo Vice-Presidente

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO

DESEMBARGADORES

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora Rejane Andersen
Desembargador 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 Varela
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

Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

Desembargadora HAIDÉE DENISE GRIN

Desembargador SELSO DE OLIVEIRA

Desembargador ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

Desembargador CARLOS ROBERTO DA SILVA

Desembargador OSMAR NUNES JÚNIOR

JUIZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA

Juíza de Direito de Segundo Grau BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Desembargador LUIZ 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 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 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
Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Desembargadora HAIDÉE DENISE GRIN
Desembargador SELSO DE OLIVEIRA
Desembargador ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA
Desembargador CARLOS ROBERTO DA SILVA
Desembargador OSMAR NUNES JÚNIOR

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador FERNANDO CARIONI

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Desembargador JAIME RAMOS

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – Presidente

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente

Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Desembargador RUBENS SCHULZ
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF
Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI
Desembargador HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS
Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO
Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE
Desembargadora HAIDÉE DENISE GRIN
Desembargador SELSO DE OLIVEIRA
Desembargador CARLOS ROBERTO DA SILVA
Desembargador OSMAR NUNES JÚNIOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente

Desembargador GERSON CHEREM II

Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF

Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Desembargador RUBENS SCHULZ – Presidente

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 HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS – Presidente

Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO

Desembargador SELSO DE OLIVEIRA

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 STANLEY DA SILVA BRAGA

Desembargador ANDRÉ CARVALHO

Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desembargadora REJANE ANDERSEN

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO

Desembargador 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

Desembargador LUIZ ZANELATO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA

Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR

Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO – Presidente

Desembargador 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 Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador CID José GOULART Júnior

Desembargador JAIME RAMOS

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ

Desembargador RONEI DANIELLI

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador ODSÓN CARDOSO FILHO

Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO

Desembargador VILSON FONTANA

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER – Presidente

Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador CID José GOULART Júnior

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI

Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO – Presi

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JAIME RAMOS – Presidente

Desembargador RONEI DANIELLI

Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ – Presidente

Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

Desembargador ODSON CARDOSO FILHO

Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA – Presidente

Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO

Desembargador VILSON FONTANA

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO

Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA

Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI

Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER

Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL

Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

Desembargador ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA

Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL

Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

Desembargador ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente

Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI

Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER

Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO – Presidente

Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI – Presidente

Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA – Presidente

Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente

Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA

Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER –
Presidente

Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER

Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

Desembargador ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – 1º Vice-Presidente

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR – Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO – Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA – 2º Vice-Presidente

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA – 3º Vice-Presidente

Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

Desembargador GERSON CHEREM II

Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO

Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA Desembargador ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz de Direito RAFAEL GERMER CONDÉ

JUIZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor RICARDO RAFAEL DOS SANTOS

Juiz Corregedor ORLANDO LUIZ ZANON

Juíza Corregedora SÔNIA EUNICE ODWAZNY

Juiz Corregedor MARCO AUGUSTO GHISI MACHADO

Juiz Corregedor RODRIGO TAVARES MARTINS

JUIZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar LAUDENIR FERNANDO PETRONCINI

Juiz Auxiliar RAFAEL MAAS DOS ANJOS

Juíza Auxiliar CAROLINA RANZOLIN NERBASS FRETA

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar RENATO GUILHERME GOMES CUNHA

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

CARLOS ANDRÉ CARLINI

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

RODRIGO GRANZOTTO PERON

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

MAURÍCIO WALENDOWSKY SPRÍCIGO



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.382, DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ACÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL 14.824/2009 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ISENÇÃO DA TARIFA DE PEDÁGIO EM RODOVIAS FEDERAIS DO ESTADO PARA VEÍCULOS EMPLACADOS EM MUNICÍPIOS DETERMINADOS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 19, III, 37, XXI, E 175, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

1. Como corolário do princípio da isonomia posto em seu art. 5º, caput, a Constituição Federal enuncia expressamente, no inciso III do art. 19, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. A lei impugnada tem o claro propósito de conferir tratamento mais favorável a veículos emplacados em Municípios catarinenses em que instaladas praças de pedágio das rodovias federais BR-101 e BR-116, estando em desacordo com o art. 19, III, do texto constitucional.

2. A lei catarinense interferiu em política tarifária de serviço explorado pela União, em afronta ao pacto federativo e à competência da União para legislar sobre o tema (art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal). Precedentes desta CORTE.

3. Ao isentar determinados veículos do pagamento do pedágio em rodovias federais, a lei catarinense afetou o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de exploração de rodovias federais, contrariando o art. 37, XXI, da Carta Constitucional.

4. Ação direta conhecida e julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 14.824/2009 do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 11 de outubro de 2018.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Presidente da República, em face da Lei 14.824/2009 do Estado de Santa Catarina, que isenta determinados veículos do pagamento da taxa de pedágio nas rodovias federais daquele Estado.

Eis o teor da lei impugnada:

Art. 1º Ficam isentos do pagamento da taxa de pedágio todos os veículos emplacados no respectivo município onde estão instaladas as praças de cobrança de pedágio das rodovias federais BR-101 e BR-116.

Parágrafo único. Aplica-se a isenção de que trata o *caput* deste artigo a todos os veículos emplacados no município de Paulo Lopes e nos municípios da Mesorregião Sul do Estado de Santa Catarina, de acordo com a divisão territorial adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na praça de cobrança instalada na BR-101, município de Palhoça, em ambos os sentidos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Alega o requerente que a lei estadual impugnada viola aspecto fundamental da forma federativa do Estado brasileiro, por ter interferido em serviço público de competência da União, prestado em regime de concessão. Afirma ainda haver atingimento da relação jurídico-contratual estabelecida entre a União, o poder concedente e as empresas concessionárias das rodovias federais BR-101 e BR 116, com alteração das condições efetivas da proposta e violação ao equilíbrio econômico- financeiro do contrato. Nesse sentido, reputa afrontados os arts. 37, XXI, e 175, *caput*, da Constituição Federal. Argumenta ainda que a lei impugnada fere o princípio da igualdade, uma vez que institui discriminação entre os usuários das rodovias, criando distinção entre brasileiros, o que seria vedado pelo art. 19, III, da Carta Constitucional. Cita jurisprudência que entende abonar as suas alegações.

Solicitadas informações à Assembleia Legislativa de Santa Catarina, com fundamento no art. 10 da Lei 9.868/1999, foi noticiado que a lei em questão resultou do Projeto de Lei PL 0098.5/2009, o qual recebeu parecer pela aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa Legislativa, tendo sido destacado, naquela oportunidade, o seguinte: *“(...) a medida em análise, visivelmente, pretende proteger os cidadãos que estão obrigados a pagar pedágio para se locomover, por meio de veículo automotor, dentro dos limites do município no qual residem. (...) O Edital, originário da concessão, não previu a situação objeto da proposição, mesmo existindo à época do seu lançamento cidadãos prejudicados em outros estados da Federação, decorrência de concessões semelhantes e pretéritas, inclusive com demandas judiciais em curso.”* Aduz ainda a Assembleia Legislativa que a norma teve por finalidade tutelar o direito de ir e vir das comunidades locais atingidas pela cobrança de pedágio.

A ação foi processada sob o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação. Considera que a lei hostilizada interferiu no equilíbrio econômico- financeiro dos contratos firmados entre a União e as concessionárias de serviço público responsáveis pelas rodovias federais BR-101 e BR-116, bem como violou a autonomia da União. Informa ainda ter sido ajuizada nesta CORTE a Ação Cautelar 2.545, pelas

concessionárias Autopista Litoral Sul S.A. e Autopista Planalto Sul S.A., na qual foi deferida pelo então Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ministro GILMAR MENDES, liminar para que o Estado de Santa Catarina se abstinhasse de impor às requerentes quaisquer sanções administrativas, em virtude da cobrança regular do pedágio, nos termos em que instituída pelo Poder Concedente, vale dizer, sem levar em consideração a isenção estabelecida na lei atacada. Afirma que a administração das rodovias federais cabe à União e que a instituição do pedágio não priva a população de se locomover.

O Procurador-Geral da República também se manifestou pela procedência da ação. Citou excerto da decisão proferida pelo Ministro GILMAR MENDES na AC 2.545, destacando ainda precedente deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, segundo o qual “a existência de um serviço atribuído à União, subjacente a obra pública, afasta a atividade legislativa dos Estados” (ADI-MC 3.322, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2006). Destaca ainda que existe lei federal que trata da exploração das rodovias federais, qual seja, a Lei 9.277/1996, que estabelece no seu art. 3º, § 1º, o seguinte: “*no instrumento de convênio constará cláusula prevendo a possibilidade de aplicação da legislação do Município, do Estado ou do Distrito Federal na cobrança de pedágio ou de tarifa portuária, ou de outra forma de cobrança cabível, no que não contrarie a legislação federal*”.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Observo, preliminarmente, que a presente ação direta atende aos requisitos legais de admissibilidade, porque foi promovida por ente constitucionalmente legitimado, tendo por objeto lei estadual, impugnada em face da Constituição Federal. A petição inicial indica claramente o pedido, está fundamentada e foi acompanhada de cópia da lei impugnada, como exigido pela legislação de regência.

Conheço, assim, da ação proposta e passo à análise de seu mérito.

A lei impugnada estabelece, no âmbito do Estado de Santa Catarina, em seu art. 1º, *caput*, isenção do pagamento da taxa de pedágio para todos os veículos emplacados no respectivo município onde estão instaladas as praças de cobrança de pedágio das rodovias federais BR-101 e BR-116. O parágrafo único do citado dispositivo legal especifica ainda que a isenção aplica-se a todos os veículos emplacados no Município de Paulo Lopes e nos Municípios da Mesorregião Sul do Estado de Santa Catarina, de acordo com a divisão territorial adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na praça de cobrança instalada na BR-101, Município de Palhoça, em ambos os sentidos.

Entendo que a lei questionada impõe, em praças de cobrança de pedágio especificadas no Estado de Santa Catarina, situação mais vantajosa para veículos emplacados em determinados Municípios catarinenses, o que não encontra eco no texto constitucional.

Como corolário do princípio da isonomia posto em seu art. 5º, *caput*, a Constituição Federal enuncia expressamente, no inciso III do art. 19, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Comentando o citado dispositivo constitucional, ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A vedação de criar distinções entre brasileiros coliga-se com o princípio da igualdade. Significa que um Estado não poderá criar vantagem a favor de seus filhos em detrimento de originários de outros, como não poderá prejudicar filhos de qualquer Estado em relação a filhos de outros, nem filhos de um Município em relação a filhos de outros. A União não poderá beneficiar nem prejudicar filhos de uns Estados ou Municípios ou do Distrito Federal mais do que filhos de outros. Tampouco os Municípios poderão fazê-lo. O ato discriminatório será nulo e a autoridade responsabilizada na forma da lei. (Comentário Contextual à Constituição, 5ª edição, Malheiros, 2008, p. 252)

A lei impugnada nesta ação tem o claro propósito de conferir tratamento mais favorável a veículos emplacados em municípios catarinenses em que instaladas praças de pedágio das rodovias federais BR-101 e BR-116, estando, assim, em frontal desacordo com o art. 19, III, do texto constitucional.

A jurisprudência da CORTE firmou-se no sentido de inibir que sejam estabelecidas pelos entes da federação brasileira relações de preferências entre brasileiros em razão de sua origem ou procedência. A questão já foi analisada em mais de uma oportunidade em matéria de licitações e contratos, como se lê dos seguintes julgados:

LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. **Ofensa ao art. 19, III, da vigente Constituição da República.** Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. **É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro. (ADI 3.583, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 14/3/2008, grifo nosso).**

Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade movida na origem. Lei do Município de São Paulo nº 13.959/05, a qual exige que “os veículos utilizados para atender contratos estabelecidos com a Administração Municipal, Direta e Indireta, devem, obrigatoriamente, ter seus respectivos Certificados de Registro de Veículos expedidos no Município de São Paulo”. Exigência que não se coaduna com os arts. 19, inciso III, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Precedentes.

1. A exigência constante da Lei nº 13.959/05 do Município de São Paulo, além de malferir a legítima expectativa individual de quem queira participar de certame público, ofendendo direito individual, vulnera o interesse público, direito da coletividade, pois, com a redução do universo de interessados em contratar, não se garante à Administração a oferta mais vantajosa.

2. É certo que as desigualdades entre sujeitos ou situações jurídicas no campo das licitações e contratos somente se justificam quando voltadas ao melhor e mais eficiente cumprimento do objeto licitado/contratado e, ainda assim, desde que não sejam desarrazoadas e estejam em conformidade com o sistema jurídico-constitucional, sob pena de restar vulnerado o princípio da isonomia.

3. Consoante a jurisprudência firmada na Corte no exame de situações similares, o diploma em epígrafe ofende, ainda, a vedação a que sejam criadas distinções entre brasileiros ou preferências entre os entes da Federação constante do art. 19, inciso III, da CF/88.

4. Considerando que, no corpo da decisão agravada, afastou-se a inconstitucionalidade formal afirmada pela Corte de origem, mantendo a inconstitucionalidade material, constata-se erro material na parte dispositiva da decisão, que negou seguimento ao recurso extraordinário.

5. Agravo regimental parcialmente provido tão somente para corrigir erro material na decisão agravada, fazendo

constar na parte dispositiva que “dou parcial provimento ao recurso extraordinário”. (RE 668.810, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 10/8/2017, grifo nosso)

Na linha dos precedentes mencionados, considero que a lei impugnada, por estabelecer, na cobrança de pedágio, tratamento mais vantajoso a veículos emplacados em Municípios determinados, viola o art. 19, III, da Constituição Federal.

Verifico, de outro lado, que as rodovias BR-101 e BR-116 são objeto de contratos de concessão celebrados pelas concessionárias Autopista Litoral S.A. e Autopista Planalto Sul S.A. com a União, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Efetivamente, a Constituição Federal confere à *União* a competência para explorar, diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros (art. 21, XII, e).

Tratando-se de serviço explorado pela União, naturalmente, seu regramento deverá ser disciplinado por lei federal, como dispõe o art. 175, parágrafo único, da Carta Constitucional, *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A lei catarinense em exame interferiu na política tarifária de serviço explorado pela União, em afronta ao pacto federativo e à competência da União para legislar sobre o tema.

Este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL possui firme entendimento no sentido de impossibilidade de interferência do Estado-Membro, mediante a edição de leis estaduais, nas relações jurídico-contratuais avençadas entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especialmente em relação às condições estipuladas em contrato de prestação de serviços públicos, sob regime federal. A esse respeito, precedentes desta CORTE: ADI 4.925, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/3/2016; ADI 3.847, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 9/3/2012; ADI 3.729, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 9/11/2007.

A par da questão federativa referida, considero, sob o enfoque estritamente contratual, que a lei estadual impugnada imiscui-se indevidamente nas estipulações contratuais estabelecidas entre o poder concedente e as empresas concessionárias, com ferimento ao disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a seguir transcrito:

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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Segundo informado nestes autos, a tarifa básica de pedágio fixada nos contratos de concessão não levou em consideração a isenção estabelecida pela lei impugnada.

Reproduzo, a esse respeito, as ponderações da Advocacia-Geral da União, nestes autos (Petição STF 22.592/2010):

O Estado de Santa Catarina, ao editar a Lei nº 14.824/09, interferiu no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre a União e as concessionárias de serviço público responsáveis pelas rodovias federais BR-101 e BR-116, restando violada, destarte, a autonomia deste ente e, conseqüentemente, o pacto federativo.

De fato, a isenção estabelecida no diploma questionado não foi considerada quando da formulação do contrato pactuado entre o poder concedente e as concessionárias. Sendo assim, o não pagamento de pedágio pelos veículos mencionados na lei impugnada reduz a receita auferida pelas concessionárias em razão do serviço por elas prestado, o que altera o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido no pacto originário e põe em risco a adequada prestação do serviço público.

Reporto-me, nessa linha de consideração, às razões expendidas pelo Ministro GILMAR MENDES, na decisão liminar proferida na AC 2.545, ajuizada pelas concessionárias Autopista Litoral Sul S.A. e Autopista Planalto Sul S.A., com o objetivo de proceder à cobrança do pedágio nos termos estabelecidos no contrato de concessão, sem a observância da isenção determinada na lei impugnada:

Nesse sentido, cumpre ressaltar a plausibilidade da tese sustentada pelas requerentes segundo a qual a Lei nº 14.824/2009 colocaria em risco a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão celebrados com a União.

Isso porque, ao isentar do pagamento do pedágio os moradores dos municípios em que se localizam as praças de cobrança, a lei catarinense desfez, por completo, a relação de equivalência que motivou a celebração da avença e sobre a qual ela se estrutura (prerrogativas do poder concedente, as chamadas cláusulas exorbitantes, de um lado, e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, de outro).

De fato, **a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários das rodovias, pois coloca em risco a adequada prestação do serviço público** (cf. STA 280, de minha relatoria, *DJ* 22.10.2008; SL 251, de minha relatoria, *DJ* 04.08.2008; SL 216, Rel. Ellen Gracie, *DJ* 18.03.2008; Pet. 2.242,

Min. Carlos Velloso, *DJ* 05.06.2001).

Não se pode olvidar que este Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Em conformidade com este entendimento, têm-se os seguintes julgados: ADI(MC) nº 3.322-DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 19.12.2006; ADI 3.533-DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 6.10.2006; ADI(MC) nº

2.615-SC, Pleno, unânime, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 6.12.2002; ADI(MC) nº 2.337-SC, Pleno, maioria, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.6.2002.

A questão em julgamento não é nova nesta CORTE, que já teve a oportunidade inclusive de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei que, por conferir tratamento mais favorável a veículos tais ou quais na cobrança de pedágio, interferiu no equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de vias públicas. Veja-se, nesse sentido, o seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS

PODERES. AFRONTA. 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (ADI 2.733, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 3/2/2006, grifo nosso).

Concluo, assim, que a lei catarinense hostilizada, além de contrariar os arts. 19, III, e 175, parágrafo único, da Carta Constitucional, interferiu diretamente em contratos de concessão celebrados pela União e as concessionárias das rodovias BR-101 e BR-116, alterando o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido nas avenças, em afronta ao art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Diante do exposto, CONHEÇO e JULGO PROCEDENTE a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 14.824/2009 do Estado de Santa Catarina.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.432, DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABRATEL

ADV.(A/S): MÁRCIO SILVA NOVAES E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV. (A/S): ALEX HELENO SANTORE

AM: CURIAE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS ISENTOS DE PRESCRIÇÃO – ABIMIP

ADV. (A/S) FRANCISCO CELSO NOGUEIRA RODRIGUES E OUTRO (S) E OUTRO (A/S)

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina. Vedação de propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos do Estado. Propaganda comercial. Matéria de competência legislativa privativa da União. Violação dos arts. 22, inciso XXIX, e 220, § 4º, da Constituição Federal. Procedência da ação.

1. Atestado, nos autos, o caráter nacional da ABRATEL, a homogeneidade da sua composição e a pertinência temática entre seus objetivos institucionais e o objeto da presente ação direta, reconhece-se a legitimidade ativa da associação. A ADI nº 4.110 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/8/11) e a ADI nº 3.876 (Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 5/2/09), em que se afirmou a ilegitimidade ativa da associação, foram julgadas antes de 2012, quando ocorreu alteração no estatuto da entidade.

2. A Lei nº 16.751/2015 do Estado de Santa Catarina, ao vedar a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos daquele estado, usurpou a competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, inciso XXIX, da Constituição), especificamente em tema de medicamentos (art. 220, § 4º, da CF/88), além de ter contrariado o regramento federal sobre a matéria, que permite que medicamentos anódinos e de venda livre sejam anunciados nos órgãos de comunicação social, “com a condição de conterem advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória” (Lei Federal nº 9.294/1996, art. 12).

3. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido formulado na ação direta para se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina.

Brasília, 19 de setembro de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e pela Associação Brasileira de Rádio e Televisão (ABRATEL) (ADI nº 5.424 e 5.432, respectivamente), tendo como objeto a Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação daquele Estado.

Eis o teor da norma impugnada:

“Art. 1º - Fica proibida a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos no Estado de Santa Catarina.

Parágrafo Único – A presente lei atinge tanto os medicamentos de venda sob prescrição médica como os medicamentos de venda livre e similares.

Art. 2º - Esta Lei se aplica a todos os meios de comunicação especificados no art.1º desta Lei.

Art. 3º - Caberá aos órgãos de Vigilância Sanitária do Estado a fiscalização para cumprimento da presente Lei.

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

A autora alega inconstitucionalidade formal, com fundamento em ofensa à iniciativa privativa da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, inciso XXIX, e art. 220, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal). Ademais, aduz já existir legislação federal regulamentando a propaganda comercial de medicamentos (Lei Federal nº 9.294/1996).

Também sustenta a inconstitucionalidade material do diploma, com base nos seguintes fundamentos: i) o constituinte teria estabelecido que a propaganda de medicamentos estaria sujeita somente a restrições legais (art. 220, § 4º, da Constituição Federal), e não à vedação; ii) violação da liberdade de expressão comercial e de informação, assim como da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 5º, incisos IV, IX, XIV e 220, **caput**, e arts. 1º, inciso IV e 170, **caput** e inciso IV, todos da

Constituição Federal); e iii) violação do princípio da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Em 14/12/15, concedi a medida cautelar pleiteada, **ad referendum** do Plenário, para suspender, com efeito **ex nunc**, a eficácia da Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina.

Em 26/02/16, em razão da relevância da matéria, e por razões de eficiência e celeridade processuais, solicitei informações aos requeridos e concedi vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República (art. 12 da Lei nº 9.868/99) **para que a ação fosse julgada em caráter definitivo**.

Em suas informações, o Governador do Estado de Santa Catarina afirma que vetara integralmente o Projeto de Lei nº 067/2011, que originou o diploma questionado, com fundamento na violação da competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, inciso XXIX, da Constituição Federal) e do princípio da livre iniciativa (art. 170 da Constituição de 1988). No entanto, ao final do processo legislativo, o veto foi rejeitado por unanimidade.

Nas informações, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, por sua vez, afirma que o projeto de lei que deu origem à Lei nº 16.751/2015 teve regular tramitação perante a Casa legislativa estadual. Argumenta que a lei estadual foi editada com respaldo na competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo e proteção e defesa da saúde (art. 24, incisos V e XII, da Constituição Federal).

O Advogado-Geral da União suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da ABRATEL (ADI 5432), ao argumento de que a associação possui composição heterogênea, por reunir pessoas vinculadas a categorias distintas, nos termos do que consta do art. 8º do Estatuto Social da associação, o que a descaracteriza como entidade de classe para efeito de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988). Nesse sentido, menciona decisões deste Tribunal em que se afirmou a ilegitimidade ativa da ABRATEL.

No mérito, o Advogado-Geral da União opinou pela procedência do pedido, com fundamento em violação da competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial (arts. 22, inciso XXIX, e 220, §§ 3º e 4º, da CF/88). Nesse sentido, argumenta que “a Constituição Federal trata da propaganda comercial como atividade de âmbito nacional, conferindo sua titularidade ao ente central, ao qual compete, igualmente, estabelecer o regramento aplicável à espécie, que deve ser observado pelas demais unidades federadas”. Nessa esteira, aduz a existência de diplomas federais dispendo sobre o tema tratado na lei questionada (Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 9.294/1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de determinados produtos, dentre eles os medicamentos e terapias, e Lei Federal nº 6.360/1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que estão sujeitos medicamentos).

O Procurador-Geral da República, por seu turno, também arguiu a ilegitimidade ativa da ABRATEL (ADI nº 5432). Assevera que a associação congrega empresas que exploram atividades econômicas nas áreas de tecnologia e telecomunicações, o que afasta sua caracterização como entidade de classe. No

mérito, opinou pela procedência do pedido. Argumenta que a Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina não se harmoniza com o disposto na Lei Federal nº 9.294/1996, que autorizou a propaganda de medicamentos em determinadas hipóteses. Tal circunstância estaria a evidenciar a invasão da competência federal pelo legislador de Santa Catarina, em violação dos arts. 22, inciso XXIX, e 220, §§ 3º, inciso II, e 4º, da Constituição Federal.

A ABRATEL apresentou petições nos autos da ADI nº 5.432 (doc. eletrônicos nº 45, 48, 49 e 50) em que rebate a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelas autoridades mencionadas. Argumenta, em síntese, a homogeneidade de sua composição, ao argumento de que “não há no estatuto da Abratel em vigor qualquer menção sobre a representação de empresas que não sejam diretamente ligadas ao setor de radiodifusão” (fl. 2 – doc. eletrônico nº 48). Alega que os precedentes desta Corte acerca de sua ilegitimidade ativa foram proferidos em época na qual, embora já formada apenas por associados ligados à radiodifusão, era ainda denominada “Associação Brasileira de Radiodifusão, Tecnologia e Telecomunicações”, denominação que foi modificada após a alteração estatutária ocorrida em 2012.

Em 18/9/17, determinei o apensamento da ADI nº 5.432 à ADI nº 5.424.

Deferi o ingresso nos autos, como **amici curiae**, da Associação Brasileira da Indústria de Medicamentos Isentos de Prescrição (ABIMIP) e da Associação dos Laboratórios Farmacêuticos Nacionais (ALANAC).

Considerando que já foram colhidas as informações dos requeridos e concedida vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, na forma do art. 12 da Lei nº 9.868/99, deixo de submeter a referendo a liminar deferida monocraticamente no dia 14/12/2015 e submeto o processo a julgamento definitivo pelo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 5.424 e 5.432) ajuizadas em face da Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação daquele Estado.

Antes de passar à análise do mérito, examino a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada na ADI nº 5.432.

I – LEGITIMIDADE ATIVA DA ABRATEL

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação Brasileira de Rádio e Televisão (ABRATEL), suscitada pelo Procurador-Geral da República e pelo Advogado-Geral da União nos autos da ADI nº 5.432.

Ambas as autoridades sustentam a natureza heterogênea da composição da ABRATEL, a qual

congregaria, além de associados oriundos do setor de radiodifusão de sons e de sons e imagens, empresas que exploram outras atividades econômicas, como tecnologia e telecomunicações. Nesse sentido, os pareceres fazem remissão a decisões deste Supremo Tribunal Federal em que, com base em tal fundamento, foi afirmada a ilegitimidade ativa da ABRATEL para a ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.110, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 15/8/11; e ADI nº 3.876, Rel. Min. **Cezar Peluso**, DJe de 5/2/09).

No entanto, o exame da documentação apresentada nos autos pela ABRATEL evidenciam a homogeneidade de sua composição. Com efeito, segundo o art. 8º do estatuto da entidade, seu quadro de associados é formado essencialmente por emissoras de radiodifusão, com exceção das associadas colaboradoras (inciso IV), as quais nem sequer têm direito a voto nas assembleias gerais (doc. eletrônico nº 4). Esse fato é corroborado pela lista de associados da entidade (doc. eletrônico nº 13), formada por empresas do setor de rádio e TV.

Cumprido esclarecer que as ADI nº 4.110 e 3.876, em que foi afirmada a ilegitimidade ativa da ABRATEL, foram julgadas antes de 2012, quando ocorreu alteração no estatuto da entidade (doc. eletrônico nº 50), que envolveu, dentre várias mudanças, a alteração no nome da associação (antes denominada “ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RADIODIFUSÃO,

TECNOLOGIA E TELECOMUNICAÇÕES”), a modificação de seus objetivos e a reformulação total das cláusulas do estatuto.

Nesse quadro, está atestado nos autos o caráter nacional da ABRATEL (doc. eletrônico nº 13), a homogeneidade de sua composição e a pertinência temática entre seus objetivos institucionais e o objeto desta ação direta.

Pelo exposto, reconheço a legitimidade ativa da ABRATEL.

II MÉRITO

A Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina, ao vedar a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos daquele Estado, dispôs a respeito de propaganda comercial, matéria da competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, inciso XXIX, da Constituição Federal.

Este Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de lei também do Estado de Santa Catarina que proibia a publicação, em jornais, revistas e similares, de anúncios comerciais com fotos de natureza erótica e/ou pornográfica que caracterizassem afronta ao pudor, bem como de anúncios comerciais de conteúdo explicitamente libidinoso. Na ocasião, o Relator, Ministro **Sepúlveda Pertence**, entendeu que a norma atacada estava eivada de inconstitucionalidade manifesta. O julgado possui a seguinte ementa:

“Competência legislativa privativa da União: propaganda comercial: inconstitucionalidade de lei estadual que veda, em anúncios comerciais, fotos de natureza erótica ou pornográfica” (ADI nº 2.815, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, Tribunal Pleno, DJ de 7/11/03).

Seguindo a mesma orientação, o Plenário declarou a inconstitucionalidade da lei do Estado do Paraná que estabelecia para as operadoras de telefonia celular e para os fabricantes de aparelhos celulares e acessórios a obrigação de alertar os usuários e de fazer constar de sua propaganda advertência no sentido do risco de câncer associado ao uso excessivo desses aparelhos. Eis ementa do julgado:

“COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. PROPAGANDA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Lei do Estado do Paraná que impõe às operadoras de telefonia celular e aos fabricantes de aparelhos celulares e acessórios a obrigação de incluir em sua propaganda advertência de que o uso excessivo de aparelhos de telefonia celular pode gerar câncer. 2. Violação à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e sobre propaganda comercial (art. 22, IV e XXIX, CF). Precedentes da Corte. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI nº 4.761, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, DJe de 14/11/16).

A previsão constitucional de competência privativa da União para legislar a respeito de propaganda comercial fundamenta-se na necessidade de que exista regramento uniforme dispendo a respeito do tema em âmbito nacional.

Apenas excepcionalmente os Estados poderão legislar acerca dos temas previstos no art. 22 da Constituição Federal, tão somente em relação a questões específicas relativas a tais temas e desde que haja delegação mediante lei complementar federal (parágrafo único do art. 22). Essa sistemática evita a superveniência de legislações contraditórias nos diferentes Estados da federação acerca de temas que, por sua natureza, merecem tratamento uniforme no país.

No caso específico da legislação relativa ao uso de medicamentos, a necessidade de uma disciplina uniforme em âmbito nacional, mediante a edição de lei federal, é reforçada pelo que dispõe o art. 220, § 3º, inciso II, e § 4º, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º Compete à **lei federal**:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

(...)

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, **medicamentos** e terapias **estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior**, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

Da leitura conjugada dos dispositivos supratranscritos, conclui-se que cabe a lei federal dispor a respeito das restrições à propaganda comercial de medicamentos, de modo a garantir à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde.

Ressalta-se que a lei federal referida no art. 220, § 4º, da Constituição Federal já existe desde antes da edição da lei impugnada. Trata-se da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que “dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, **medicamentos**, terapias e defensivos agrícolas, **nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal**”.

A usurpação, pelo Estado de Santa Catarina, da competência que é conferida à União para dispor sobre restrição à propaganda comercial de medicamentos evidencia-se ainda mais ante a constatação de que a lei impugnada disciplinou o tema de forma contrária ao disposto na Lei Federal nº 9.294/1996. Com efeito, o art. 7º, § 1º, dessa lei determina o seguinte:

“Art. 7º A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde.

§ 1º Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória” (grifo nosso).

A lei federal em comento encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1996, que, em seu art. 12, dispõe detalhadamente a respeito da propaganda de medicamentos anódinos e de venda livre nos órgãos de comunicação social:

“Art. 12. Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, **poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social, desde que autorizados por aquele Ministério, observadas as seguintes condições:**

I- registro do produto, quando este for obrigatório, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - que o texto, figura, imagem, ou projeções não ensejem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à composição do produto, suas finalidades, modo de usar ou procedência, ou apregoem propriedades terapêuticas não comprovadas por ocasião do registro a que se refere o item anterior;

III - que sejam declaradas obrigatoriamente as contraindicações, indicações, cuidados e advertências sobre o uso do produto;

IV - enquadre-se nas demais exigências genéricas que venham a ser fixadas pelo Ministério da Saúde;

V - contenha as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

§ 1º A dispensa da exigência de autorização prévia nos termos deste artigo não exclui a fiscalização por parte do órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 2º No caso de infração, constatada a inobservância do disposto nos itens I, II e III deste artigo, independentemente da penalidade aplicável, a empresa ficará sujeita ao regime de prévia autorização previsto no artigo 58 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, em relação aos textos de futuras propagandas.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se a todos os meios de divulgação, comunicação, ou publicidade, tais como, cartazes, anúncios luminosos ou não, placas, referências em programações radiofônicas, filmes de televisão ou cinema e outras modalidades”.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 16.751/2015, do Estado de Santa Catarina, impugnada nesta ADI, por seu turno, assim dispõe:

“Art. 1º - Fica proibida a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação sonoros, audiovisuais e escritos no Estado de Santa Catarina.

Parágrafo Único – **A presente lei atinge tanto os medicamentos de venda sob prescrição médica como os medicamentos de venda livre e similares**” (grifo nosso).

Nota-se que, ao passo que a Lei nº 16.751/2015 do Estado de Santa Catarina veda, indistintamente, a propaganda comercial de medicamentos no Estado, a Lei Federal nº 9.294/1996 permite que medicamentos anódinos e de venda livre sejam anunciados nos órgãos de comunicação social, com a condição de conterem advertências quanto a seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória, previsão que se encontra detalhadamente regulamentada em decreto federal.

Sendo assim, o Estado de Santa Catarina não apenas legislou em matéria que não é de sua competência, como também o fez contrariando a lei federal que disciplina a matéria, o que reforça a inconstitucionalidade da norma.

Portanto, a Lei nº 16.751/2015 do Estado de Santa Catarina configura usurpação da competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, inciso XXIX, da Constituição), especificamente em tema de medicamentos (art. 220, § 4º, da CF/88), além de contrariar o regramento federal sobre matéria.

Pelo exposto, conheço das ações diretas e as julgo procedentes, confirmando a medida liminar concedida **para se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina.**

AG. REG. NO HABEAS CORPUS 156.113, DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S): ANA CLAUDIA COLATTO

ADV.(A/S): LEOBERTO BAGGIO CAON

ADV.(A/S): RAFAELLA ZANATTA CAON KRAVETZ E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1.A alegação de ausência de fundamentação idônea para a condenação não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impede o imediato exame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob pena de indevida supressão de instância.

2.A orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que *“a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF”* (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes).

3.A execução provisória de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Hipótese de paciente condenada a 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, pelo crime previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

4.Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 24 a 30 de agosto de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática em que neguei seguimento ao *habeas corpus*, nos seguintes termos:

“1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão unânime da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Felix Fischer, assim ementado:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

A ausência de impugnação aos fundamentos da decisão que não conheceu do agravo em recurso especial atrai a incidência do óbice da Súmula 182/STJ.

Agravo regimental não conhecido.’

2. Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pelo crime previsto no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas privativas de liberdade.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento à apelação da defesa.

4. Em seguida, foram opostos embargos declaratórios, rejeitados.

5. Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, inadmitido na origem. Ato contínuo, interpôs agravo. A Presidência do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo.

6. Contra essa decisão, foi interposto agravo regimental, não provido.

7. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante sustenta a ausência de fundamentação idônea para a condenação da paciente. Para tanto, afirma que as instâncias precedentes condenaram a acionante ‘sem apontar com alguma segurança os pontos comprobatórios da ilicitude, os aludidos elementos de convicção, insistindo (...) apenas numa análise perfunctória, superficial, sem valoração alguma da prova defensiva, o que tísna o art. 93, IX, da CF’. Destaca que a paciente foi absolvida em sede de representação administrativa na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

8. Com essa argumentação, requer o deferimento da medida liminar para determinar a suspensão da execução da pena até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*. No mérito, pleiteia a concessão da ordem a fim de anular a condenação imposta à acionante.

Decido.

9. O *habeas corpus* não deve ser concedido.

10. De início, verifico que o Superior Tribunal de Justiça não conheceu agravo em recurso especial lá interposto, em razão da ausência do preenchimento de pressuposto processual. De modo que a autoridade impetrada não apreciou o mérito da pretensão defensiva. O que impede o imediato exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

11. Ainda que assim não fosse, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que ‘a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF’ (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes).

12.Quanto ao mais, lembro a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, assim ementado:

‘CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1.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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2.Habeas corpus denegado.’

13.Entendimento, esse, confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao examinar as medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, da relatoria do Min. Marco Aurélio. Jurisprudência reafirmada, em sede de repercussão geral, na análise do ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki.

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

2. No presente agravo regimental, a defesa insiste na alegação de ausência de fundamentação idônea para a condenação da acionante, destacando que as instâncias de origem “*avaliaram mal o fato e aplicaram erroneamente o direito*”. Com essa argumentação, requer o provimento do agravo a fim de determinar a suspensão da execução da pena, assim como a fim de anular a condenação imposta à acionante.

3. O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do agravo regimental.

4. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. O agravo regimental não deve ser provido.

2. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceu do agravo em recurso especial lá interposto, em razão da ausência do preenchimento de pressuposto processual. De modo que a autoridade originalmente impetrada não apreciou o mérito da pretensão defensiva. Fato que impede o imediato exame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ainda que assim não fosse, a orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que “*a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF*” (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes).

4. Quanto ao mais, lembro a jurisprudência do Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR

TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado”.

5. Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário do STF, ao examinar as medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio. Jurisprudência reafirmada, em sede de repercussão geral, na análise do ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki.

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

7. É como voto.

VOTO

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

A par desse aspecto, vencido no ponto, cumpre divergir do relator quanto à questão de fundo envolvida. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda. Ante o quadro, provejo o *habeas* para determinar a suspensão da execução provisória do título condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AG. INT. NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.051 - SC (2013/0066633-5)

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA

AGRAVANTE: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: MARCOS RAFAEL BRISTOT DE FARIA E OUTRO(S) - SC014733

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASA DE ALBERGADO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes. Precedentes.

3. Hipótese em que “o pedido do Ministério Público do Estado de Santa Catarina na ação civil pública é juridicamente possível, uma vez que visa à proteção ao condenado/albergado (sistema prisional adequado), garantindo, ainda, a segurança pública”.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de dezembro de 2018 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado pelo ESTADO DE SANTA CATARINA que desafia decisão de minha lavra, proferida às e-STJ fls. 287/289, que deu provimento ao recurso especial, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para afastar a impossibilidade jurídica do pedido e determinar o prosseguimento do julgamento da apelação.

No presente agravo interno, a parte agravante sustenta violação do art. 267, VI, do Código de Processo Civil/1973 e argumenta que “as instalações de unidades prisionais, como por exemplo casas de Albergues, são questões atinentes à conveniência e oportunidade, cabendo ao Poder Executivo do Estado e tão somente a ele, a escolha do momento oportuno para construção, levando em consideração as outras áreas em que se demonstra com mais evidência o interesse público (hospitais, escolas, delegacias)” (e-STJ fl. 301).

Ao final, solicita o prequestionamento do art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Requer, assim, a reconsideração do decisum impugnado ou a sua submissão ao Órgão colegiado.

Impugnação às e-STJ fls. 310/315.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, cumpre destacar que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ).

Considerado isso, observa-se que a decisão recorrida não merece reparos.

Consoante anteriormente explanado, no caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido deduzido em sede de ação civil pública, que objetivava a instalação de Casa de Albergado na Comarca de Sombrio/SC, por tratar de indevida invasão na discricionariedade administrativa.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes.

Senão, vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS

PÚBLICAS. REFORMA DE ESCOLA EM ESTADO PRECÁRIO DE CONSERVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 7.8.2013.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada.

3. Agravo regimental conhecido e não provido (AgRg no ARE 886.710, Rel. Ministro ROSA WEBER, DJe 19.11.2015).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito Constitucional. Ação civil pública. Delegacia de polícia. Destacamento de servidores para a manutenção do funcionamento. Regime de plantão. Necessidade. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no RE 669.635, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 13.4.2015).

Nessa linha, sobressaem as seguintes decisões monocráticas, semelhantes ao caso em análise: AREsp 1.094.309, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJ de 05/04/2018 e AREsp 381.891, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 21/08/2017.

Reporto-me, também, ao bem lançado parecer ministerial, às e-STJ fls. 278/282, que destacou que “o pedido do Ministério Público do Estado de Santa Catarina na ação civil pública é juridicamente possível, uma vez que visa à proteção ao condenado/albergado (sistema prisional adequado), garantindo, ainda, a segurança pública”.

Desse modo, não há que falar em impossibilidade jurídica do pedido, a justificar a extinção da ação civil pública, sem resolução do mérito.

Ademais, quanto ao art. 2º da Constituição Federal de 1988, observa-se que “não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo com fim de prequestionamento, em embargos de declaração, analisar violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpar a competência constitucional do STF” (EDcl no REsp 1469087/AC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/03/2017).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

**AG. INT. NO AG. INT. NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.465.895 - SC
(2014/0166153-5)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO AGRAVANTE: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: OSNI ALVES DA SILVA E OUTRO(S) - SC006215

AGRAVADO: VANDELE JOSÉ SOARES

AGRAVADO: SILVIA VIOLANDA BAYERSDORFER SOARES ADVOGADOS: GIAN CARLO POSSAN E OUTRO(S) - SC012812

CHRISTIAN ROGER SCHADLER – SC012981

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE PRISÃO ILEGAL, BASEADA EM ACUSAÇÃO FALSA DE ESTUPRO. GRAVES FATOS NARRADOS, ENTRE OS QUAIS, ALÉM DA PRISÃO ILEGAL DO DEMANDANTE, ESTE AINDA SOFREU GRAVES HUMILHAÇÕES MORAIS E LESÕES CORPORAIS DURANTE O TEMPO DA RECLUSÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE MAJOROU A REPARAÇÃO MORAL PARA R\$ 30.000,00, À VISTA DOS ELEMENTOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO LOCAL. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O valor fixado a título de danos morais pela instância de origem somente pode ser revisto nesta seara recursal em situações excepcionais, quando a quantia indenizatória seja irrisória ou exorbitante; irrisoriedade constatada na presente demanda à vista da gravidade das humilhações e lesões sofridas pela vítima, enquanto se encontrava ilegalmente detida, conforme expressamente relatou o acórdão local recorrido.

2. No caso, além de haver ocorrido a prisão ilegal do autor, este ainda sofreu graves humilhações morais e lesões corporais durante o tempo que estava sob a custódia do Estado por haver sido injustamente acusado de crime de estupro. Diante da gravidade dos fatos envolvidos, acusação infundada de crime sexual grave, entendeu a decisão agravada que o valor dos danos morais deveria ser majorado para R\$ 30.000,00.

3. Agravo Interno do ESTADO DE SANTA CATARINA a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília/DF, 27 de novembro de 2018 (Data do Julgamento)

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

RELATÓRIO

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

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE PRISÃO ILEGAL, BASEADA EM ACUSAÇÃO FALSA DE ESTUPRO. POLICIAIS AGIRAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. VALOR FIXADO EM PATAMAR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (fls. 383)

2. Em suas razões recursais, sustenta a parte agravante, em síntese, não poderá ser revisto o valor arbitrado a título indenizatório por esbarrar na Súmula 7/STJ.

3. Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contrarrazões às fls. 429/431.

4. É o relatório.

VOTO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE PRISÃO ILEGAL, BASEADA EM ACUSAÇÃO FALSA DE ESTUPRO. GRAVES FATOS NARRADOS, ENTRE OS QUAIS, ALÉM DA PRISÃO ILEGAL DO DEMANDANTE, ESTE AINDA SOFREU GRAVES HUMILHAÇÕES MORAIS E LESÕES CORPORAIS DURANTE O TEMPO DA RECLUSÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE MAJOROU A REPARAÇÃO MORAL PARA R\$ 30.000,00, À VISTA DOS ELEMENTOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO LOCAL. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O valor fixado a título de danos morais pela instância de origem somente pode ser revisto nesta seara recursal em situações excepcionais, quando a quantia indenizatória seja irrisória ou exorbitante; irrisoriedade constatada na presente demanda à vista da gravidade das humilhações e lesões sofridas pela vítima, enquanto se encontrava ilegalmente detida, conforme expressamente relatou o acórdão local recorrido.

2. No caso, além de haver ocorrido a prisão ilegal do autor, este ainda sofreu graves humilhações morais e lesões corporais durante o tempo que estava sob a custódia do Estado por haver sido injustamente acusado de crime de estupro. Diante da gravidade dos fatos envolvidos, acusação infundada de crime sexual grave, entendeu a decisão agravada que o valor dos danos morais deveria ser majorado para R\$ 30.000,00.

3. Agravo Interno do ESTADO DE SANTA CATARINA a que se nega provimento.

1. Conforme consta da decisão ora agravada, o pleito da parte recorrente não merece prosperar, cabendo manter-se por seus próprios fundamentos.
2. Cuida-se, na origem, de Ação Indenizatória por danos morais decorrente de prisão ilegal, baseada em acusação falsa de estupro.
3. A Corte de origem, analisando a controvérsia, entendeu a gravidade dos fatos narrados, gerando ofensa moral ao autor, e condenou o Estado ao pagamento do valor indenizatório de R\$ 6.000,00.
4. Cite-se, por oportuno, trecho do aresto. Veja-se:

Depreende-se dos autos que no dia 22 de fevereiro de 2005, a Polícia Militar foi acionada pela genitora de suposta vítima de atentado violento ao pudor, crime que teria sido perpetrado por dois homens, no interior de um veículo Kombi. Após empreender busca na região, os policiais localizaram um veículo com as características descritas pela vítima em frente a uma mercearia.

No local, encontrava-se o autor, em companhia de sua esposa, a segunda autora, quando foi abordado por policiais militares que indagaram se o veículo Kombi que se encontrava estacionado em frente ao estabelecimento era de sua propriedade. Tendo respondido afirmativamente, foi conduzido até a calçada, onde foi reconhecido pela vítima como sendo o autor do delito e recebeu voz de prisão, sendo conduzido até a Delegacia local, onde afirma ter sofrido agressões por parte dos policiais. Posteriormente, foi transferido ao Presídio Regional de Blumenau, onde permaneceu até o dia 24 de fevereiro de 2005, quando foi posto em liberdade mediante alvará de soltura.

(...).

Ora, restou comprovado pelos depoimentos das testemunhas que ao ser encaminhado para a Delegacia de Polícia, após receber voz de prisão, o autor mantinha intacta sua integridade física e, demonstrado pelo ofício de encaminhamento do autor para o presídio, expedido pela autoridade policial, que o autor se encontrava lesionado no supercílio, quando de sua saída da delegacia, de concluir-se que as injustas agressões físicas sofridas pelo autor ocorreram enquanto se encontrava sob custódia do Estado, seja no durante seu encaminhamento à delegacia ou enquanto nela permaneceu e, portanto, o dano moral daí decorrente faz-se presumível, devendo, por isso, ser indenizado.

(...).

Nesta seara, tenho que o autor foi fisicamente agredido e moralmente humilhado enquanto esteve detido na Delegacia de Polícia, geratriz da obrigação de indenizar do Estado de Santa Catarina pela reparação do dano moral decorrente do ato, pois era seu manter a guarda e a incolumidade do conduzido enquanto estava sob sua custódia.

(...).

Desse modo, a indenização pelo dano moral sofrido deve ser arbitrada no sentido de reconstituir o constrangimento suportado pelo ofendido, bem como ser capaz de impedir a reiteração da prática pelo ofensor, sem causar àquele enriquecimento indevido, mostrando-se indispensável a análise dos fatos concretos apresentados, notadamente quanto à extensão do dano e à capacidade econômica do ofensor.

Do conjunto probatório produzido no feito, constata-se a inexistência de elementos aptos a evidenciar um abalo anímico com carga suficiente a justificar a majoração do valor arbitrado pelo togado singular, mesmo porque o quantum lá estabelecido não destoia do entendimento desta Terceira Câmara de Direito Público para casos

5. A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que, em sede de recurso especial, o valor fixado pela instância de origem a título de danos morais não pode ser revisto, salvo em situações excepcionais, quando a quantia indenizatória seja irrisória ou exorbitante.

6. Assim, percebe-se na espécie que, além de haver ocorrido a prisão ilegal do demandante, este ainda sofreu graves humilhações morais e lesões corporais durante o tempo que estava sob a custódia do Estado (nos termos das fls. 338 do voto), por haver sido injustamente acusado de crime de estupro.

7. Ademais, é de conhecimento geral que os acusados de crimes sexuais sofrem abusos e violências desta natureza de parte dos demais custodiados, o que aumenta a gravidade dos fatos e recomenda uma reprimenda mais severa, como a que ora se impõe.

8. Dessa forma, pela decisão agravada se entendeu que a quantia de R\$ 6.000,00 arbitrada pela Corte de origem era irrisória, ante a gravidade dos fatos descritos no acórdão, cabendo, portanto, sua majoração para, de forma mais justa e proporcional, reparar os graves danos sofridos decorrentes dos fatos a que lhe foram submetidos: acusação infundada de crime sexual grave, humilhações morais e agressões físicas, razão pela qual deve ser majorada a indenização por danos morais para R\$ 30.000,00.

9. Frise-se que o precedente jurisprudencial trazido no bojo do recurso interno, apenas tem o condão de reforçar a irrisoriedade da condenação proposta pelo acórdão local, porquanto veicula, tal paradigma reparação de R\$ 20 mil, muito mais equânime àquela que fora determinada pela decisão agravada.

10. Ademais, todos os elementos fáticos utilizados como razões de decidir na decisão agravada constavam expressamente do acórdão local, pelo que, não se verifica a aplicação do Verbete Sumular 7/STJ, ao contrário do quantum alegado pelo ESTADO DE SANTA CATARINA.

11. Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno do ESTADO DE SANTA CATARINA.

12. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.765.567 - SC (2018/0233120-6)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: DANIEL RODRIGUEZ TEODORO DA SILVA E OUTRO(S) - SC020105

RECORRENTE: ANTONIO JUAREZ FERREIRA DUTRA RECORRENTE: CLARICE DE FATIMA OLIVEIRA CLARO DUTRA

ADVOGADOS: LUIZ ANTÔNIO PALAORO - SC002304

CLÁUDIO ALBUQUERQUE PALAORO - SC020255

LIANA ALBUQUERQUE PALAORO JACOBI - SC022699

RECORRIDO: OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALECIMENTO DE INTERNADA CUMPRINDO MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PROPORCIONALIDADE DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de indenização por danos morais cumulada com verba alimentar ajuizada por particulares contra o Estado de Santa Catarina em decorrência do falecimento da filha dos autores quando internada para cumprimento de medida socioeducativa no Centro Educacional São Lucas, na cidade de São José/SC.

RECURSO ESPECIAL DE CLARICE DE FÁTIMA OLIVEIRA CLARO DUTRA E ANTÔNIO JUAREZ FERREIRA DUTRA

2. Relativamente ao valor da condenação, para aferir a proporcionalidade do quantum de indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade civil, seria preciso analisar os fatos e provas trazidos aos autos, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

3. Ademais, esta Corte Superior consolidou o entendimento de que o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado nesta instância quando se mostrar ínfimo ou exagerado, o que não ocorre in casu.

4. Com relação ao dissídio jurisprudencial, a divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com a indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

5. Ressalta-se ainda que o óbice da Súmula 7 do STJ é aplicável, também, ao Recurso Especial interposto com fundamento na alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

6. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa ao dispositivo legal invocado, uma vez que não foi analisado pela instância de origem. Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF

7. A matéria deveria ter sido suscitada em Embargos de Declaração, o que não ocorreu, inviabilizando o prequestionamento.

8. Além disso, ainda que se afastasse tal óbice, o recurso não prosperaria, pois, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões naquele colacionadas, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

CONCLUSÃO

9. Recursos Especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Francisco Falcão.”

Brasília, 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIM

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recursos Especiais (art. 105, III, “a” e “c”, da CF) interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DOS AUTORES. SUICÍDIO DE ADOLESCENTE INFRATORA EM CENTRO DE INTERNAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, ANTE OMISSÃO ESPECÍFICA. NEXO CAUSAL DECORRENTE DOS DEVERES DE GUARDA E VIGILÂNCIA. PENSÃO DEVIDA. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DE FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PRECEDENTE DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO POSITIVO PARA JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL.

Clarice de Fátima Oliveira Claro Dutra e Antônio Juarez Ferreira Dutra sustentam que ocorreu divergência jurisprudencial ao afirmarem que o valor fixado a título de indenização por danos morais é irrisório.

O Estado de Santa Catarina, por sua vez, alega ofensa ao art. 1.040, II, do CPC/2015, sob a argumentação de que não foi realizado um juízo de adequação, mas sim um novo julgamento com análise de fatos que não foram objetos de fundamentação.

Contrarrazões apresentadas às fls. 737-743, e-STJ. É o **relatório**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 25.9.2018.

Passo à análise dos recursos em separado.

1. Recurso Especial de Clarice de Fátima Oliveira Claro Dutra e Antônio Juarez Ferreira Dutra

A irresignação não merece prosperar. Relativamente ao valor da condenação, para aferir a proporcionalidade do quantum de indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade civil, seria preciso analisar os fatos e provas trazidos aos autos, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

Cito precedentes:

PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DO ESTADO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. A função precípua do Superior Tribunal de Justiça é a uniformização da legislação infraconstitucional, não se podendo, entretanto, revisar o contexto fático-probatório decidido nas Instâncias ordinárias.

2. Acatar os argumentos da agravante para desconstituir o que ficou assentado na instância de origem demandaria revisar as provas dos autos, o que é vedado ante a incidência do enunciado sumular n. 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 313.198/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 05/06/2013).

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VITIMA EM RODOVIA - DANOS MORAIS – MATÉRIA DE PROVA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ.

(...)

2. *Pressupostos da responsabilidade civil. Análise. Impossibilidade na via estreita do especial. Incidência da Súmula 7 do STJ.* Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 877.408/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 27/05/2008, grifei). ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. HEMOFILIA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. RESULTADO POSITIVO DE HIV. NEXO CAUSAL AFASTADO PELO TRIBUNAL A QUO. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. (...)

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra decisão que, em apelação, negou provimento a ação de indenização por danos morais e materiais na qual os autores, hemofílicos, afirmam terem sido contaminados com o vírus HIV em transfusão de sangue realizada em unidades hospitalares de responsabilidade dos recorridos.

2. Alegam, nas suas razões recursais, falha no serviço dos órgãos de controle, que não tomou os cuidados necessários a fim de evitar a contaminação do sangue por meio da transfusão, estando, assim, evidenciada a responsabilidade civil do estado, bem como a ocorrência do nexo de causalidade entre a omissão dos recorridos e o resultado do evento danoso.

3. O Tribunal de origem, com base na análise do contexto fático probatório dos autos, afastou a existência do nexo de causalidade para a imputação da responsabilidade civil objetiva do Estado, reconhecendo indevida a indenização pleiteada. A reforma de tal entendimento demanda reexame dos fatos e das provas encartadas nos autos, o que é vedado, em recurso especial, em razão do contido na Súmula 7 desta Corte. (...)

(REsp 1202159/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/10/2011). ADMINISTRATIVO. ARBITRAMENTO DE DANOS MORAIS. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. (...)

2. A revisão desse posicionamento demanda análise dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1358561/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 08/05/2013).

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ÁGUA. DANO MORAL RECONHECIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. (...)

2. Para concluir diversamente, indispensável revolver o conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ao STJ, ante o óbice estabelecido em sua Súmula 7.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 166.326/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 02/08/2012).

Ademais, esta Corte Superior consolidou o entendimento de que o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado nesta instância quando se mostrar ínfimo ou exagerado, o que não ocorre in casu. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. FORMA DE CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. LEGALIDADE. TABELA PRICE E COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FORMA SIMPLES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante à possibilidade de correção do saldo devedor do contrato de mútuo habitacional antes da amortização da prestação mensal.

2. O entendimento da Terceira e Quarta Turmas desta Corte no sentido de que verificar a ocorrência de anatocismo no Sistema Francês de Amortização, ou seja, na tabela price, é questão que não prescinde da incursão no contrato e nos elementos fáticos da demanda, o que atrai a censura das Súmulas 05 e 07/STJ.

3. Com relação ao Coeficiente de Equiparação Salarial - CES, este Pretório orienta-se na direção de ser possível sua cobrança, desde que haja previsão contratual. Na hipótese, far-se-ia necessária a interpretação de cláusulas contratuais a fim de verificar sua contratação, providência vedada em sede especial, a teor da Súmula 5/STJ.

4. “No tocante à repetição do indébito, este Tribunal já decidiu pela sua admissão, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro; todavia, tão-somente, em sua forma simples. “

5. “Consoante entendimento pacificado nesta Corte, o valor da indenização por dano moral só pode ser alterado na instância especial quando se mostrar ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso vertente.”

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 988.007/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJe 04/05/2009, grifei).

Quanto à apontada divergência, esta deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com a indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ), como o que se afigura no presente caso, impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal. Confira-se precedente:

TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE TAXA DE ÁGUA E DE SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMÚLAS NS. 282 E 283 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADO.

(...)

3. Não se conhece do dissídio jurisprudencial quando não atendidos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Recurso especial não-conhecido. (REsp 649.084/RJ; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJ de 15/8/2005).

Ressalte-se ainda que o óbice da Súmula 7 do STJ é aplicável, também, ao Recurso Especial interposto com fundamento na alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

A propósito:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EX-COMBATENTE. PENSÃO. MISSÕES DE VIGILÂNCIA NO LITORAL. CARACTERIZAÇÃO. CONDIÇÃO ATESTADA POR MEIO DE DOCUMENTOS JUNTADOS NOS AUTOS. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ TAMBÉM AO RECURSO PELA ALÍNEA “C”. CERTIDÃO EMITIDA POR ORGANIZAÇÃO MILITAR. VALIDADE.

1. Hipótese na qual se discute direito à pensão especial de ex-combatente quando de missões de vigilância no litoral.

2. O Tribunal de origem, soberano em matéria de prova, reconheceu que “o demandante juntou certidão de f. 13 na qual consta que o mesmo se deslocou de sua sede, (...) de forma que a sua condição de ex-combatente, a fazer jus aos benefícios consagrados pelo art. 53, do ADCT, está devidamente caracterizada”. A revisão de tal premissa fático-probatória esbarra no óbice da Súmula 07/STJ.

3. O entendimento desta Corte é no sentido de que considera-se ex-combatente, para efeito de concessão da pensão especial prevista no art. 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, da Constituição Federal, aquele que foi deslocado da sua unidade para fazer o patrulhamento da costa em defesa do litoral brasileiro, sem que efetivamente tenha participado da Segunda Guerra Mundial, no Teatro de Operações da Itália.

4. As certidões fornecidas pelas Organizações Militares que detinham o registro do ato, ou documento objeto da certidão, gozavam de força suficiente para comprovar a condição de ex-combatente dos militares que serviram nas respectivas unidades militares.

5. O óbice da Súmula 7 do STJ é aplicável, também, ao recurso especial interposto com fundamento na alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1408519/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/8/2011).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211 DO STJ E 282 DO STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. COTEJO AUSENTE. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. A falta de prequestionamento obsta o conhecimento da questão federal suscitada. Incidem à espécie as Súmulas n^os 211 do STJ e 282 do STF.

2. Tendo o Tribunal de origem decidido com base no complexo fático-probatório delimitado e avaliado nas instâncias ordinárias, nova análise sobre o tema encontra óbice no teor da Súmula 7 desta Corte Superior.

3. Não se conhece da divergência quando ausente a comprovação do dissídio e o cotejo analítico.

4. O conhecimento de recurso especial interposto com fulcro na alínea “c” do inciso III da Constituição exige a demonstração analítica da divergência alegada, bem como a perfeita identidade fática entre os acórdãos confrontados, o que, in casu, não foi demonstrado.

5. O óbice da Súmula 7 do STJ é aplicável também ao recurso especial fundado no artigo 105, III, “c”, da Constituição.

6. Não se divisa, nas razões deste regimental, argumentos aptos a modificar o decisum agravado, razão pela qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos.

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.117.690/GO, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, DJe 28/4/2010).

2. Recurso Especial do Estado de Santa Catarina

Não se pode conhecer da irrisignação contra a ofensa ao dispositivo legal mencionado, uma vez que não foi analisado pela instância de origem. Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

A propósito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 282/STF. (...)

1. No que tange à violação do artigo 25, inciso V, alínea a, da Lei 8.625/93, não houve apreciação pelo Tribunal de origem sobre a incidência do dispositivo de referência, o que impossibilita o julgamento do recurso nesses aspectos, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF. (...)

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 920.879/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/03/2013, grifei).

A matéria deveria ter sido suscitada em Embargos de Declaração, o que não ocorreu, inviabilizando o prequestionamento.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. REAJUSTE DE 84,32%. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AÇÃO COLETIVA.

ENTIDADE DE CLASSE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DO SEU ADVENTO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ.

1. Afasta-se a ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia.

2. Incide a Súmula 282/STF caso os dispositivos legais supostamente violados não tenham sido enfrentados no aresto recorrido. (...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.

(REsp 1.257.597/PE, Rel. Min. MAURO

CAMPBELL, SEGUNDA TURMA, Dje 25/08/2011).

Além disso, ainda que se afastasse tal óbice, o recurso não prosperaria, pois, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões naquele colacionadas, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 desta Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.”

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, **não conheço de ambos os Recursos Especiais.**

É como **voto.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4024642-15.2018.8.24.0900, da Capital

Requerente: Município de Florianópolis

Proc. Município: Ubiraci Farias (OAB: 21650/SC)

Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Promotora: Anelize Nascimento Martins Machado (Promotora)

Interessado: Carlos Arruda Flores

Interessado: Fernando Sartori

Interessado: Elton Rosa Martinovsky

Interessada: Andreza Della Giustina

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA

I O Município de Florianópolis requer, com fulcro nos arts. 1.059 do Código de Processo Civil e 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida pela Juíza de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, nos autos da Ação Civil Pública n. 0900792-84.8.24.0023, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, a qual determinou o imediato afastamento dos servidores Andreza Della Giustina, Carlos Arruda Flores, Fernando Sartori e Elton Rosa Martinovsky do cargo de Procurador Municipal e retorno ao cargo de Consultor Jurídico, com a supressão de qualquer verba referente ao exercício daquelas atividades, tendo em vista a existência de desvio de função e investidura por transferência, em afronta à Súmula Vinculante 43

Sustenta o requerente que pretende evitar lesão grave à ordem e economia públicas, dada a fixação de multa diária, no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), em caso de descumprimento, mormente porque não foi estabelecido regime de transição e acabaram desconsiderados os obstáculos do gestor relativos à política de pessoal, bem como o comprometimento das atividades da Procuradoria, que amargaria redução aproximada de 20% (vinte por cento) dos seus integrantes, inclusive de especializados em determinadas áreas do conhecimento jurídico, e não teria condições de tutelar integralmente o interesse público com o exercício da representação judicial. Argumenta que o órgão do Ministério Público não demonstrou a existência de solução imediata para suprir o afastamento dos servidores e que a realização de concurso público demanda tempo, motivo pelo qual é menos danosa a perpetuação do quadro atual até o trânsito em julgado da ação. Acrescenta ser provável a modificação do *decisum* combatido, haja vista que o

quadro único de procuradores municipais decorreu da sua autonomia administrativa e capacidade de auto-organização, com o intento de compatibilizar a advocacia pública com o conceito nuclear adotado pela Constituição Federal, e que se operou o esgotamento do objeto litigioso sem a declaração expressa de inconstitucionalidade das normas municipais. Aduz, ainda, que o Município possui altíssimo nível de comprometimento da receita com despesas de pessoal e que a medida enseja grave lesão à ordem jurídica, porquanto não se trata de mero desvio de função e a matéria é controvertida nos Tribunais. Ressalta que as leis municipais inquinadas estão em vigor há décadas, detêm presunção de constitucionalidade, decorrerem do disposto no art. 84-A da Lei Orgânica Municipal, e que os 4 (quatro) servidores são concursados, efetivos, estáveis e exercem as mesmas funções desde que entraram na procuradoria há mais de 15 (quinze), 8 (oito) e 4 (quatro) anos, com remunerações idênticas. Com esses fundamentos, pretende, inclusive liminarmente, a suspensão dos efeitos da tutela provisória concedida (fls. 1/19).

É o relato do essencial.

II Segundo o art. 12 da Lei da Ação Civil Pública, *“a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato”*.

Já o § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92 dispõe que *“o Presidente do*

Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”.

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

Extraí-se dos autos que o Ministério Público de Santa Catarina, depois do recebimento de denúncia anônima e da instauração de inquérito civil, constatou que 4 (quatro) servidores municipais, apesar de investidos no cargo de Procurador Municipal, estavam em desvio de função, uma vez que originariamente aprovados em concurso público para o cargo de Consultor Jurídico, motivo pelo qual ajuizou ação civil pública (fls. 41/68).

O Magistrado de Primeiro Grau deferiu parcialmente o pedido de tutela provisória, determinando *“[...] ao Município de Florianópolis que proceda ao imediato afastamento de Andreza Della Giustina, Carlos Arruda Flores, Fernando Sartori e Elton Rosa Martinovsky do cargo de Procurador Municipal, determinando que retornem ao cargo de Consultores Jurídicos, com a supressão de qualquer verba referente ao exercício das atividades típicas de Procurador Municipal”*.

Cumpra dizer, de pronto, que “no pedido de suspensão não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato

decisório em face dos *interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas*” (STF, SL n. 102 AgR/SP, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 17/3/2008).

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

Logo, a despeito das assertivas do requerente, a aventada lesão à segurança jurídica não constitui fundamento para a adoção da presente medida excepcional.

De qualquer forma, em juízo ainda perfunctório, característico deste momento processual que se contenta apenas com a plausibilidade do direito invocado e urgência na concessão da medida, infere-se ser imperativa a suspensão liminar pretendida.

Diante da matéria de fundo, em mera prelibação, deve ser destacado da Constituição Federal que *“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”* (art. 37, II). Não pode ser esquecido, também, que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que *“é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”* (Súmula Vinculante 43).

Nessa linha de princípio, conforme leciona Fernanda Marinela, a jurisprudência tem assentado, por exemplo, (a) a impossibilidade de provimento ou deslocamento de um servidor para cargos de carreiras diversas (transposição ou ascensão funcional), (b) a proibição para a criação de novas carreiras com inúmeros cargos para serem preenchidos com antigos servidores de carreiras diversas, independentemente de serem celetistas ou estatutários, e (c) ser proibido o aproveitamento de servidores de cargos extintos em outros em que não exista identidade substancial, compatibilidade funcional e remuneratória, bem como equivalência dos requisitos exigidos em concurso (*Direito Administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 634/635).

De outro lado, ao enfrentar a problemática, o Supremo Tribunal Federal ponderou a existência de compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos no concurso público de ingresso nas carreiras (ADI n. 1.591/RS, rel. Min. Octavio Galloti, j. em 18/8/1998; ADI 2.713/DF, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 18/12/2002).

Reprisa-se, todavia, que 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.

Com efeito, no estrito campo da suspensão de segurança, verifica-se presente a plausibilidade do direito invocado e a urgência de evitar lesão aos interesses tutelados, especialmente à segurança e ordem públicas, na sua acepção administrativa, tendo em vista o potencial comprometimento das atividades da Procuradoria do município de Florianópolis.

O requerente expõe que o quadro funcional conta com apenas 21 (vinte e um) servidores e a decisão combatida implica a redução aproximada de 20% (vinte por cento), deixando, inclusive, algumas especialidades do direito sem a devida representação. Além disso, a suscitada inexistência de concurso público vigente obsta a tempestiva recomposição do quadro funcional.

Na Suspensão de Liminar n. 879/RR, da relatoria do Exmo. Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 25/5/2015, o Supremo Tribunal Federal enfrentou pleito semelhante e concedeu a medida drástica em virtude da grande redução do quadro de servidores concursados que possuíam atribuição de advocacia pública na procuradoria de Boa Vista, além da aparente compatibilidade da operação com a lei municipal.

III Ante o exposto, defere-se o pedido de concessão de efeito suspensivo liminar, a fim de suspender a determinação ao Município de Florianópolis nos autos da Ação Civil Pública n. 0900792-84.2018.8.24.0023, na forma do § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92.

Nos moldes do § 2º do art. 4º da referida Lei, remetam-se os autos, sucessivamente, ao autor da ação originária e à douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 20 de setembro de 2018.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
1ºVice-Presidente

Petição n. 4005039-37.2018.8.24.0000, de Chapecó

Requerente: Estado de Santa Catarina

Procuradora: Fernanda Selier (OAB: 26281/SC)

Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Promotora: Vânia Augusta Cella Piazza (Promotora)

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA

I O Estado de Santa Catarina requer, com fulcro no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão da tutela antecipada concedida na sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Chapecó, nos autos da ação n. 0004757-52.2014.8.24.0018, proposta pelo Ministério Público, a qual determinou a criação e o provimento de diversos cargos efetivos no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, bem como a nomeação de candidatos aprovados no concurso público lançado pelo Edital n. 01/2016/SJC/SC para as vagas de agente socioeducativo, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (fls. 31/46).

Sustenta o requerente que a decisão combatida ocasiona grave lesão à economia e ordem públicas, porquanto prejudica o normal funcionamento do Sistema Socioeducativo e usurpa competência privativa do Governador do Estado, além de conduzir ao aumento das despesas com pessoal para além do limite do art. 20, II, da Lei Complementar n. 101/01 ou à aplicação de multa de alto valor. Demais disso, discorre sobre o potencial efeito multiplicador do *decisum* e a irreversibilidade de seus efeitos (fls. 1/30).

O autor da ação originária manifestou-se pelo indeferimento do pleito suspensivo (fls. 144/151).

É o relato do essencial.

II Segundo o art. 4º da Lei n. 8.437/92, “*competete 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.

Logo, 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.

Na espécie, extrai-se que o Ministério Público propôs ação civil pública a fim de contestar a legalidade de procedimentos administrativos do Estado de Santa Catarina, consistentes no lançamento de processos seletivos simplificados de contratação temporária, destinados à formação de equipe para os Centros de Atendimento Socioeducativo – Case de Chapecó, hipótese na qual o Togado Singular julgou procedente a pretensão e determinou a antecipação de tutela.

Inconformado, o Estado de Santa Catarina persegue a suspensão dos efeitos da liminar, haja vista, em suma, (a) risco de grave lesão à ordem e economia públicas, (b) potencial efeito multiplicador e (c) irreversibilidade da medida.

III Inicialmente, impõe-se a negativa ao pedido suspensivo no que toca à determinação de nomeação de candidatos para o cargo de agente socioeducativo, porquanto consta no “2º Ato de Nomeação – Chapecó”, do concurso público lançado pelo Edital n. 001/SJC/2016, que o Estado nomeou 57 (cinquenta e sete) dos aprovados para o exercício da mencionada função pública, o que representa o cumprimento, ao menos parcial, da decisão, de modo que não há se falar em risco de lesão aos interesses públicos tutelados (informação extraída do sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania – <http://www.sjc.sc.gov.br/index.php/consultas/concurso-publico/3610-concurso-publico-edital-001-sjc-2016-agente-de-seguranca-socioeducativo>).

IV De outra sorte, as alegações de que o *decisum* invade a discricionariedade do Administrador Público e suprime competência privativa do Governador, com lesão à ordem pública administrativa, referem-se essencialmente ao mérito da *quaestio*.

Assim, o aprofundamento no tema deve, por excelência, ser tratado nas ações originárias e nos recursos que lhes foram confiados pelas normas processuais.

Cumpra dizer, todavia, que os Tribunais consagraram o entendimento de que, em hipóteses excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas, com a adoção de medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem configurar ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Violação ao princípio da separação de poderes. Decisão do Poder Judiciário que determina a adoção de medidas de efetivação de direitos constitucionalmente protegidos. Inocorrência. Precedentes. 3. Entendimento das instâncias ordinárias pelo fornecimento de medicamentos. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 4. Direito à saúde. Solidariedade entre os entes da federação. Tema 793 da sistemática da repercussão geral (RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015). 5. Eficácia erga omnes da decisão proferida em ação civil pública. Matéria infraconstitucional. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 1.047.362 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 29/6/2018)

E:

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRECEDENTES. AMEAÇA DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA NÃO DEMONSTRADA. RISCO DE AGRAVAMENTO DO QUADRO MÉDICO DOS PACIENTES. DANO INVERSO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS OU FATOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(STA n. 674 AgR, rela. Mina. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 5/2/2018)

Desta Corte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ESCOLA ESTADUAL. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO. INÉRCIA DO ESTADO EVIDENCIADA. LONGO TRÂMITE DO PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM QUE FORAM CONCEDIDAS INÚMERAS OPORTUNIDADES DE REGULARIZAÇÃO. DESCASO DO ENTE POLÍTICO QUE PERDURA POR 10 ANOS. CONSTATAÇÃO DE QUE, SEM INTERVENÇÃO JUDICIAL, NÃO CESSARÁ O PERIGO PARA A VIDA E A SAÚDE DAS CRIANÇAS. SEPARAÇÃO DE PODERES, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO E RESERVA DO POSSÍVEL QUE NÃO IMPEDEM A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DA PENA DO SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME.

“– Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes

Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

“– O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.

“– A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

“– A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

“– A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de

fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

“– A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

“Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados”. (AgRARE n. 639337, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23-8-2011). (Apelação Cível n. 0007161-60.2013.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 19/6/2018)

Nessa toada, não se pode olvidar que a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta resultam de extenso e duro processo histórico de reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito, em detrimento da concepção de outrora que os percebia como meros objetos de tutela. Desse modo, a consagração dos mencionados valores no art. 227 da Constituição Federal impõe sua observância com atenção redobrada.

Por outro lado, em juízo mínimo de delibação, impende registrar que, ao menos da simples exegese do arguido art. 12 da Lei n. 12.594/12, não se pode extrair a possibilidade de contratação temporária à formação de equipes técnicas do Sistema Socioeducativo:

Art. 12. A composição da equipe técnica do programa de atendimento deverá ser interdisciplinar, compreendendo, no mínimo, profissionais das áreas de saúde, educação e assistência social, de acordo com as normas de referência.

§ 1º Outros profissionais podem ser acrescentados às equipes para atender necessidades específicas do programa.

§ 2º Regimento interno deve discriminar as atribuições de cada profissional, sendo proibida a sobreposição dessas atribuições na entidade de atendimento.

§ 3º O não cumprimento do previsto neste artigo sujeita as entidades de atendimento, seus dirigentes ou prepostos à aplicação das medidas previstas no art. 97 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

De tal axioma depreende-se, ainda, que a flexibilidade administrativa à qual se refere o Estado de Santa Catarina existe tão somente quando referenciada por parâmetros legais.

Nessa esteira, vale ressaltar que para a investidura em cargo ou emprego público, em atenção ao princípio da impessoalidade, requer-se a aprovação prévia em concurso público, excetuadas as nomeações para cargos comissionados (art. 37, II) e as contratações temporárias, às quais “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX, ambos da Constituição Federal).

Pedro Lenza reforça:

A contratação temporária deverá observar os seguintes requisitos mínimos: a) previsão, por lei, de casos específicos de contratação; b) contratação necessária por prazo determinado; c) necessidade temporária de excepcional interesse público [...]. (*Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1553)

A Lei n. 8.745/93 regulamentou referido dispositivo ao definir as situações consideradas de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em âmbito estadual, o permissivo constitucional é repetido pelo art. 21, § 2º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que é regulamentado pela Lei Complementar n. 260/04:

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público, para fins desta Lei Complementar, aquela que comprometa a prestação contínua e eficiente dos serviços próprios da administração e que não possa ser satisfeita com a utilização dos recursos humanos que dispõe a Administração Pública Estadual, especialmente para a execução dos seguintes serviços:

I - assistência às situações de emergência ou de calamidade pública;

II - combate a surtos endêmicos, pragas, doenças e surtos que ameacem a sanidade animal e vegetal; e

III- admissão de pessoal para atender às necessidades do serviço público nos casos declarados de situações de emergência pelo Poder Executivo e à demanda comprovada de Secretarias de Estado e entidades da Administração Pública.

Reitera-se que, as questões acima recaem essencialmente sobre o mérito da demanda e tem pouco espaço no incidente de suspensão de segurança.

Marcelo Abelha Rodrigues salienta:

Vale dizer que o mérito do instituto, qual seja, o seu objeto de julgamento, não coincide com o da causa principal, não sendo lícito, pois, que o órgão jurisdicional competente para apreciar o instituto em tela possa pretender funcionar como órgão de duplo grau de jurisdição para reformar a decisão recorrida. Seria, pois, usurpação da competência do tribunal de fazê-lo, e do direito da parte de ter um recurso contra a decisão que seja apreciada por um órgão jurisdicional colegiado do tribunal. (Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 155/156)

De toda forma, assinala-se que a aparente dificuldade de subsunção do caso às hipóteses supramencionadas de contratação temporária, em contrapartida ao dever de prioridade absoluta aos direitos infantojuvenis, permite concluir que a decisão não é manifestamente descabida.

Vale também consignar que as declarações de ilicitude dos processos seletivos simplificados em outros Centros de Atendimento Socioeducativo, bem como a tutela antecipada concedida há 4 (quatro) anos – embora parcialmente reformada por esta Corte (fls. 157/167 e 429/437 – SAJ5/PG) –, recomendariam a adoção pelo Estado de providências diversas.

Ausente tais medidas, sobressai a determinação judicial de criação de cargos como solução que, amparada pelo princípio da prioridade absoluta, garante com a eficiência necessária a proteção integral dos direitos infantojuvenis.

De outro norte, passa-se à aferição da existência de lesão ou o risco de lesão aos interesses públicos previstos na Lei n. 8.437/92.

V Malgrado as alegações de que o *decisum* combatido causa grave lesão à ordem pública administrativa ao impor a criação de cargos, o que afetaria a normal execução do serviço por vincular a Administração Pública a um único modelo de prestação, observa-se que a medida não representa tamanha potencialidade lesiva, tampouco constitui flagrante ilegalidade.

Isso porque a reiteração no lançamento de processos seletivos simplificados de contratação temporária, para atender a demanda funcional dos centros de acolhimento de Chapecó de natureza ordinária e previsível, conduz à presunção de que, não fosse a atuação do órgão Ministerial, permaneceria o atendimento socioeducativo por meio de servidores públicos, apesar de não efetivos.

Tanto é assim que a insistência na espécie excepcional de contratação, demonstrada no caso pelos Editais ns. 005/2013/SJC e 0020/2016/SJC, verificou-se em outras instituições semelhantes: ao centro socioeducativo da Grande Florianópolis, foram lançados os Editais ns. 010/2013/SJC, 015/2016/SJC, 020/2017/SJC, 021/2017/SJC e 026/2017/SJC; ao de Joinville, os ns. 002/2013/SJC, 002/2015/SJC, 003/2015/SJC, 001/2016/SJC e 023/2017/SJC; ao de Lages, os ns. 005/2013/SJC e 013/2017/SJC; e ao de Itajaí, o n. 005/2017/SJC (informação extraída do sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania – <http://www.sjc.sc.gov.br/>).

Além disso, não obstante a estabilidade conferida aos servidores públicos concursados, sabe-se que é possível a extinção ou declaração de desnecessidade de cargos ocupados, nos termos do art. 41, *caput* e § 3º, da Constituição Federal, razão pela qual as determinações impugnadas não constituem óbice intransponível à alteração superveniente do método de gestão por conveniência e oportunidade da Administração Pública, desde que atendidos os demais parâmetros constitucionais e legais.

I – Mandado de segurança: autoridade coatora: a autoridade coatora é parte na causa, representante da entidade pública, motivo por que pode recorrer.

II – Disponibilidade de servidor público: C.F., artigos 41, § 3º, 84, XXV: a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, prescindindo da edição de lei ordinária que as discipline. MS 21.213/DF, Ministro Octavio Gallotti, Plenário, 15.02.96, “D.J.” de 24.5.96.

III - Agravo não provido. (STF, RE 240.377 AgR/MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 2/4/2003)

Por consequência, não há se falar em irreversibilidade da medida diante da possibilidade de modificação ulterior do modelo de organização, sobretudo porque determinada após o exaurimento da fase cognitiva.

Dessarte, o histórico de descaso do Estado de Santa Catarina com o Sistema Socioeducativo evidencia que o comando judicial não malfere a ordem pública administrativa, mas, em verdade, possibilita a manutenção do modelo de prestação do serviço reiteradamente adotado pelo requerente – por meio de servidores públicos – com a regularização do método de contratação.

Nesse sentido, colhe-se do parecer da Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, douta Procuradora de Justiça:

Dessa forma, verifica-se que, ao invés de significar lesão à ordem administrativa, conforme alegou o requerente,

a medida antecipatória concedida atende o interesse público de sanar a omissão estatal e a ilegalidade das sucessivas contratações temporárias de funcionários para o CASE e o CASEP de Chapecó, cuja transitoriedade representa óbice ao alcance dos propósitos pedagógicos inerentes às medidas socioeducativas, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente. (fl. 162)

Ainda, convém transcrever lição de Elton Venturi, segundo o qual lesão à ordem pública administrativa não se configura pela:

[...] simples alteração da usual ou normal execução das obras ou serviços públicos, senão a sua virtual inviabilização pela imediata exequibilidade da liminar ou da sentença, única hipótese que caracteriza, objetivamente, a gravidade da lesão ao interesse público tutelado, legitimamente contrastada com o provimento judicial deferido em benefício do autor da ação contra o Poder Público. (*Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131, *apud* ROCHA, Caio César. *Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2012)

Por conseguinte, reforça-se que os efeitos da decisão objurgada são insuficientes para caracterizar lesão à ordem pública administrativa, na medida em que conferem licitude ao método de contratação de pessoal sem afetar a normal execução do serviço.

De mais a mais, a suposta ilegitimidade da decisão 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).

VI Os documentos coligidos fornecem parâmetros para mensurar o impacto da criação e do provimento dos novos cargos, bem como de eventual aplicação da multa sancionatória, nas contas públicas.

O Demonstrativo da Despesa com Pessoal (fl. 123) apresenta flagrante descumprimento do limite máximo previsto no art. 20, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, fundamento com o qual alega o Estado a impossibilidade de atender a determinação judicial.

Por sua vez, a Comunicação Interna n. 103/2018/DIAF/SJC atribui a não realização de concurso público à falta de previsão legal dos cargos da equipe técnica (fls. 112/114).

Apesar disso, imperioso salientar que a necessidade é prevista desde abril de 2014, quando em decisão liminar o Juízo *a quo* determinou a realização de estudos de impacto financeiro e orçamentário da criação dos cargos.

Ademais, anota-se que tais argumentos, que visam a justificar a contratação temporária, são situacionais e podem ser solucionados pela atuação do Estado, mediante a observância do princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente, que determina a:

[...] primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar. Na-o comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, ja' que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte.

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construc,a-o de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos sa-o necessa'rios, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princ'pio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, estabelecido no art. 3º da Lei n. 10.741/2003, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da protec,a-o integral. (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63/64)

Portanto, pode a Administração Pública direcionar os recursos empregados nas contratações temporárias, além de diminuir suas despesas com pessoal, por meio da adoção das medidas indicadas no art. 169, § 3º, da Constituição Federal, e promover a regularização na forma da decisão impugnada, o que demanda planejamento e tempo.

Ocorre que o Magistrado *a quo* estipulou, para a criação e o provimento dos cargos efetivos do corpo técnico (salvo agente socioeducativo), o lapso de 180 (cento e oitenta) dias, que findou na data de 20/8/2018 sem indicativos de cumprimento, motivo pelo qual estaria o Estado condenado à multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Entretanto, considerando a exiguidade do prazo e o estado crítico das contas públicas (fls. 112/114 e 123), a aplicação de vultosa quantia sancionatória representaria grave lesão à economia pública.

Desse modo, em atenção ao precedente trazido à baila pelo requerente, em que foi fixada a suspensão da tutela pelo período de 1 (um) ano, mostra-se adequado e suficiente a suspensão do *decisum* por mais 180 (cento e oitenta) dias, a contar do encerramento do prazo fixado pelo Juízo *a quo*.

VII As peculiaridades do caso em tela, mormente a causa de pedir fundada em suposto ato ilícito do Poder Público e o envolvimento de interesses das crianças e dos adolescentes, indicam que não é previsível eventual efeito multiplicador consistente em "*ações da mesma natureza serem propostas, a fim de criação de carreiras e cargos em diferentes áreas de atuação do Estado*" (fl. 25).

VIII Ante o exposto, defere-se parcialmente o pedido de suspensão da tutela antecipada concedida na sentença da Ação Civil Pública n. 0004757-52.2014.8.24.0018, exceto no que toca à determinação de nomeação de candidatos ao cargo de agente socioeducativo, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do encerramento do lapso de 180 (cento e oitenta) dias fixado pelo Juízo *a quo*.

Florianópolis, 10 de setembro de 2018.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1ºVice-Presidente

Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4016767-91.2018.8.24.0900, de Chapecó

Requerente: Município de Chapecó

Advogada: Luana Karine Nunes (OAB: 32621/SC)

Requeridos: Lancheria de Conto Ltda Me e outros

Advogados: Eduardo Baldissera Carvalho Salles (OAB: 41629/SC)

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I O Município de Chapecó requer, com fulcro nos arts. 4º da Lei n. 8.437/92, 1º da Lei n. 9.494/97 e 1.059 do Código de Processo Civil, a suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda, Acidentes de Trabalho e Registro Públicos da comarca de Chapecó, nos autos da Ação n. 0305646-88.2018.8.24.0018, proposta por Lancheria de Conto Ltda. ME, Lancheria Dois Irmãos Ltda., Carlos Jose Magnaguagno ME e Lanchonete Geraldo Ltda., a qual impôs àquele “[...] *que se abstenha de negar Alvará de Funcionamento às pessoas jurídicas autoras por conta da previsão contida na Lei Municipal 7.062/17*” (fls. 656/673).

Sustenta o requerente, depois de dissertar acerca do cabimento da medida, que a decisão guerreada ocasiona lesão grave à ordem pública, porquanto impede sem causa legítima o exercício do poder de polícia, privilegiando o interesse particular, enfraquece a coercibilidade desses atos, desconsidera a presunção de constitucionalidade das normas e a segurança jurídica, gera tumulto e fomenta a resistência dos demais indivíduos não alcançados pela determinação, além de constituir indevida ingerência do Poder Judiciário. Aduz, também, existir grave lesão à segurança pública, haja vista que a proibição da venda, distribuição e do consumo de bebidas alcoólicas nas proximidades do Terminal de Transporte Urbano Municipal Prefeito João Destri e do Terminal do Interior de Chapecó, locais de grande fluxo de pessoas e veículos, reprime perturbações ao sossego público, brigas, tumultos e importunação a terceiros. Assevera, de outro tanto, que a medida restritiva se ajusta aos princípios da proporcionalidade, livre iniciativa e concorrência. 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 (fls. 1/20).

Na sequência, o requerente complementou a documentação (fls. 685/688).

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. 689/692).

As sociedades autoras da ação originária, Lancheria de Conto Ltda. ME, Lancheria Dois Irmãos Ltda., Carlos Jose Magnaguagno ME e Lanchonete Geraldo Ltda., ofertaram manifestação,

oportunidade em que sustentaram a inconstitucionalidade e desproporcionalidade da norma municipal que proibiu a comercialização, distribuição e o consumo de bebidas alcoólicas de qualquer gênero, e seus derivados, nos estabelecimentos comerciais na área de abrangência e dependências dos terminais de transporte urbano de Chapecó. Argumentam, também, que o pleito não deve ser conhecido, uma vez que se restringe à subtração dos efeitos de decisão proferida em processo de ação cautelar inominada, ação popular e ação civil pública, bem como pelo fato de ter sido também interposto agravo de instrumento, cuja apreciação conjunta pode ensejar decisões conflitantes e usurpar competência dos tribunais superiores. Aduz, ainda, que o Município não comprovou a existência de risco aos interesses públicos tutelados (fls. 694/752).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da Dra. Eliana Volcato Nunes, manifesta-se pelo indeferimento do pedido de suspensão (fls. 1109/1113).

É o relato do essencial.

II De pronto, devem ser afastadas as preliminares suscitadas pelos requeridos.

A suspensão de segurança teve origem na Lei n. 191/36 com o desiderato de tutelar o interesse público do risco de lesão à ordem, saúde, segurança ou economias públicas. No entanto, a evolução legislativa acabou expandindo-a para diversos outros diplomas legais, culminando com a inteligência de que “[...] a decisão judicial (seja interlocutória, sentença ou mesmo acórdão) que concede provimento judicial de caráter urgente em face da pessoa jurídica de direito público pode ser suspensa com base neste instituto” (TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcellos. *Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 17).

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha assinalam que, atualmente, “[...] o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático” (*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. 788/789).

De mais a mais, quanto ao caso dos autos, o novo Código de Processo Civil dispõe expressamente que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

Logo, não prospera a assertiva de que a tutela de urgência concedida contra a fazenda pública no bojo de ação de conhecimento não pode ser alvo do pedido de suspensão.

Do mesmo modo, deve ser rechaçada a assertiva de que a interposição do recurso de agravo de instrumento, igualmente contra a decisão concessiva da tutela provisória, obsta o manejo do incidente de suspensão.

A suspensão de segurança 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.

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).

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. Logo, não se confunde com qualquer espécie de recurso, ainda que eventual reforma da decisão, com a consequente subtração dos seus efeitos, possa ocasionar o prejuízo do presente instituto (falta de interesse).

Essa é a inteligência, aliás, do § 6º do art. 4º da Lei n. 8.437/92: “*a interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo*”.

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

III 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*”.

Extrai-se dos autos que Lancheria de Conto Ltda. ME, Lancheria Dois Irmãos Ltda., Carlos Jose Magnaguagno ME e Lanchonete Geraldo Ltda. propuseram ação em face do Município de Chapecó, com a assertiva de que é inconstitucional a norma que proibiu a comercialização, distribuição e o consumo de bebidas alcoólicas nas adjacências de terminais de transporte coletivo e, ainda, previu penalidades para o caso de descumprimento (fls. 97/158).

O Magistrado *a quo*, dando ensejo à irrisignação, entendeu presentes os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual deferiu o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, a fim de impor ao Município que se abstenha de negar alvará de funcionamento às autoras em razão da Lei Municipal n. 7.062/17 (fls. 656/673).

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

Tanto o requerente como as requeridas estampam os autos com argumentos atinentes à matéria de fundo, com destaque à celeuma acerca da higidez da Lei Municipal n. 7.062/2017, em juízos de constitucionalidade, conveniência e proporcionalidade da restrição à comercialização e ao consumo de bebidas alcoólicas.

Nesta via limitada, cabível apenas mero juízo de prelibação. Cumpre destacar, tão somente, a pendência de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a lei em comento, como também o entendimento adotado pelo Órgão Especial desta Corte no julgamento das Ações Diretas de

Inconstitucionalidade ns. 8000075-98.2016.8.24.0000, de Canoinhas, relator Des. Jaime Ramos, julgada em 15/2/2017, e 8000280-30.2016.8.24.0000, de Chapecó, relator Des. Ronei Danielli, julgada em 4/12/2017, cujos objetos eram similares, que sugerem a desproporcionalidade das vedações impostas pelo município.

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

Não se vislumbra nem demonstrou o requerente que a medida de urgência concedida, “[...] impondo ao município de Chapecó obrigação de ‘não fazer’, qual seja, que se abstenha de negar Alvará de Funcionamento às pessoas jurídicas autoras por conta da previsão contida na Lei Municipal 7.062/17” (fls. 656/673), possui a capacidade de lesar a ordem ou segurança públicas.

Os estabelecimentos comerciais atingidos, assim como inúmeros outros presentes em todos os municípios brasileiros, próximos ou distantes de estabelecimentos, bens e logradouros públicos, há muito comercializam bebidas alcoólicas, não havendo notícias do comprometimento da normal execução dos serviços prestados pelo Estado ou da segurança dos munícipes a justificar, de forma razoável, a restrição pretendida.

Vale destacar que, a despeito das agruras sociais do consumo excessivo de entorpecentes, o Estado já conta (impõe) com diversos outros instrumentos de proteção e controle, os quais são mais capazes de salvaguardar, no caso concreto, os interesses públicos dispostos na Lei n. 8.437/92, especialmente se consideradas a duvidosa eficácia e proporcionalidade da medida.

IV Ante o exposto, afastam-se as preliminares e indefere-se o pedido formulado pelo Município de Chapecó para suspender os efeitos da tutela antecipada concedida na Ação n. 0305646-88.2018.8.24.0018, proposta por Lancheria de Conto Ltda. ME, Lancheria Dois Irmãos Ltda., Carlos Jose Magnaguagno ME e Lanchonete Geraldo Ltda.

Intimem-se.

Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 20 de agosto de 2018.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
1ºVICE-PRESIDENTE

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0001988-24.2013.8.24.0045/50000, de Palhoça

Recorrente: M. P. do E. de S. C.

Proc. de Just.: Rogê Macedo Neves (Procurador de Justiça)

Recorrido: E. de S. C.

Procurador: Taitalo Faoro Coelho de Souza (OAB: 5129/SC) Interessado: F. dos S. A. (Representado por seus pais) F. L. A. Interessado: M. de P.

Proc. Município: Guacira Georgia Garcia (OAB: 14892/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

M. P. do E. de S. C., com fundamento no art. 105, III, 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, interpôs recurso especial contra o acórdão prolatado pela Segunda Câmara de Direito Público que, à unanimidade, proveu o recurso interposto pela parte ora recorrida para afastar o efeito *erga omnes* concedido pela sentença objurgada (fls. 160-166).

Sustentou, em suma, contrariedade ao artigo 16 da Lei n. 7.347/85, sob o argumento de que “*é na liquidação individual que cada interessado fará prova, seja ela pericial ou não, sobre a necessidade do tratamento requerido, razão por que não se mostra plausível afastar-se a concessão da eficácia erga omnes da sentença, ancorado no argumento de que se faz imprescindível demonstrar, caso a caso, a necessidade dos fármacos*” (fls. 01-11 do incidente n. 50000).

Sem contrarrazões (fl. 14), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De início, adianta-se que o recurso especial reúne condições de ascender à Corte de destino, pois: é tempestivo; a decisão recorrida é colegiada e de última instância; a tese recursal foi prequestionada; e a alegada violação à lei federal apresenta-se satisfatoriamente exposta.

Dentre outras teses defensivas, o órgão ministerial alega violação ao art. 16 da Lei n. 7.347/85, pois, segundo defende, a eficácia da sentença de procedência deve ser *erga omnes*, visando estender seus benefícios a todos os infantes necessitados do suplemento alimentar “*Pregomin Pepti*”.

Extrai-se do dispositivo acima apontado:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Em resumo, cinge-se a controvérsia a saber se é possível a concessão de eficácia *erga omnes* à

decisão que ordenou a entrega de suplemento alimentar a pessoa determinada, tendo em vista que a tutela difusa será objeto de liquidação individual, oportunidade em que os interessados poderão produzir cada qual suas provas, e o Estado de Santa Catarina e o Município de Palhoça exercerão cada um o direito à ampla defesa.

A propósito, sobre a decisão objurgada, conclui o Exmo. Des. João Henrique Blasi em seu voto:

“Enfim, conquanto o art. 16 da Lei n. 7.347/85 atribua efeito erga omnes à sentença proferida em sede de ação civil pública, por certo que tal efeito, in casu, não pode ser automática e genericamente vetorizado para todos quantos demonstrarem necessitar do fármaco (suplemento alimentar) aqui vindicado, dada a singularidade inerente aos seres humanos e as conseqüentes peculiaridades de cada situação, que, por isso, devem ser sindicadas caso a caso, à luz do decidido por este Sodalício no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014. 8.24.0054, de Rio do Sul, relator Desembargador Ronei Danielli, julgado em 9.11.2016. Impende, então, afastar o efeito erga omnes concedido à sentença recorrida, ficando prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao Recurso.” (fl. 13).

Da consulta percuciente dos julgados da Corte Superior, nota-se que o STJ possui, em linha de princípio, orientação contrária àquela firmada no *decisum* objurgado, motivo pelo qual há plausibilidade jurídica na tese recursal da parte recorrente, no sentido de que, *in casu*, seja restabelecida a eficácia *erga omnes* concedida na sentença.

Nesse sentido, o seguinte precedente da Corte de destino:

“ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. EFICÁCIA ERGA OMNES DA DECISÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 7.347/85. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é possível a atribuição de efeitos erga omnes à sentença proferida em ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, caso em que caberá a cada prejudicado comprovar o seu enquadramento na situação prevista na decisão, dentro dos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão. Precedentes: AgInt no REsp 1.378.579/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017; AgInt no REsp 1.377.401/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 20/3/2017; AgInt no REsp 1.594.411/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 14/10/2016 e EREsp 1.134.957/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016.

[...]

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1549608/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017) [grifei].

E das razões de decidir:

“Inicialmente, afasto a preliminar de não conhecimento do recurso especial pela incidência do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do STJ, visto que, no caso dos autos, **discute-se matéria exclusivamente de direito, qual seja, a possibilidade de atribuição de efeito erga omnes à decisão judicial mediante a interpretação do art. 16 da Lei n. 7.347/1985.**

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Justiça, senão vejamos: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. EFICÁCIA ERGA OMNES DA SENTENÇA. ART. 16 DA LEI 7.347/85.** APRECIÇÃO DE ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

(AgRg no AREsp 825.163/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 2/8/2016, DJe 16/8/2016). [grifei].

E ainda: AgInt no REsp 1.378.579/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017; AgInt no REsp 1.377.401/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Documento: 75274956 Primeira Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 20/3/2017; EREsp 1.134.957/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016; AgInt no REsp 1.594.411/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 14/10/2016.

Logo, sendo a Corte de destino competente pela uniformização da aplicação da lei federal em todo território nacional, tal controvérsia merece, em linha de princípio, exame pelo STJ.

Assim, é de ser admitido o recurso especial, mostrando-se desnecessário o juízo de admissibilidade em relação às demais questões aventadas pelo recorrente, devolvidas, por inteiro, à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Neste particular, incidem os entendimentos consolidados nas Súmulas

292 e 528/STF, aplicáveis por analogia aos recursos especiais: “*Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros*”; e “*Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento*”.

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

Florianópolis, 29 de outubro de 2018.

Desembargador Carlos Adilson Silva

2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 0006985-03.2015.8.24.0038/50000, de Joinville

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Proc. de Just.: Jorge Orofino da Luz Fontes (Procurador de Justiça)

Recorridos: Douglas Luiz Borba e outro

Def. Público: Vinícius Manuel Ignácio Garcia (Defensor Público)

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso especial contra acórdão prolatado pela Terceira Câmara Criminal que, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação defensiva para reduzir as condenações, ambas por infração ao art. 155, § 1º e § 4º, I e IV, do Código Penal: *a)* do réu Douglas, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa; e *b)* do réu Alexandre, à reprimenda de 03 (três) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 14 (catorze) dias-multa (fls. 333-350 dos autos principais).

Em síntese, suscitou negativa de vigência e interpretação divergente ao art. 155, § 1º, do Código Penal.

Requeru, ainda, a afetação do presente reclamo, a fim de possibilitar sua apreciação pela Corte de Uniformização na forma de recurso repetitivo, em face da multiplicidade de apelos especiais com fundamento em idêntica controvérsia (fls. 01-24 do incidente n. 50000).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 34-39 do incidente n. 50000), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De início, faz-se mister esclarecer que, apesar de o órgão ministerial ter pleiteado a afetação da presente matéria em ocasiões anteriores, esta 2ª Vice- Presidência ainda não havia constatado uma multiplicidade de reclamos especiais apta a justificar a formação de um grupo de recursos representativos da controvérsia.

Contudo, diante do surgimento reiterado da questão em exame e das possíveis divergências de entendimento acerca do assunto – as quais serão expostas posteriormente de forma detalhada - tornou-se pertinente a alteração de posicionamento para que o tema seja analisado sob o rito de recursos repetitivos, consoante os ditames do art. 1.036 do Código de Processo Civil e do art. 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Feitos tais adendos, o presente recurso especial reúne as condições de ser selecionado para, nos termos do art. 1.036 do Código de Processo Civil, representar perante o Superior Tribunal de Justiça

a controvérsia a respeito da seguinte questão: **possibilidade de majoração da pena, na hipótese do delito de furto qualificado, em razão de seu cometimento no período noturno - como causa de aumento, considerada na terceira fase dosimétrica, ou então como elemento apto a valorar negativamente as circunstâncias do crime, na primeira etapa.**

Estabelece o aludido art. 1.036 do Código de Processo Civil:

“Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016)

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”

Das disposições em destaque, infere-se que, diante de numerosos recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o órgão responsável por sua admissibilidade no tribunal de origem, no caso, esta 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, deve selecionar no mínimo dois recursos representativos da controvérsia e determinar a suspensão dos demais processos pendentes a respeito do tema, a fim de que a solução adotada pelos Tribunais Superiores nos recursos selecionados seja aplicada na resolução de todos os outros que versem sobre a matéria.

Trata-se de técnica de gestão e julgamento de recursos que visa atender simultaneamente aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, evitando a proliferação de decisões divergentes (CF, arts. 5º, I, e 103-A, § 1º; e CPC, art. 926), e ainda aos princípios da celeridade e da economia processual, com a solução integral do mérito em prazo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII; e CPC, art. 4º).

Em complemento, saliente-se que o legislador, ao introduzir essa técnica, almejou permitir que os Tribunais Superiores se dediquem ao cumprimento de sua função primordial de interpretar o direito em casos paradigmáticos e uniformizar a jurisprudência, priorizando a ampliação do debate em um único e concentrado julgamento em detrimento de sua pulverização em inúmeras e repetidas causas.

Sobre a instauração do incidente processual para o julgamento de recursos repetitivos em bloco, discorrem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“Como se percebe, uma característica marcante da disciplina dos recursos extraordinário e especial repetitivos é o conjunto de atribuições imputadas ao presidente ou vice-presidente do tribunal local (tribunal de justiça ou tribunal regional federal). O papel desse órgão do tribunal *a quo* é absolutamente indispensável para o bom funcionamento do sistema de gestão e julgamento dos casos repetitivos.

Os artigos 1.030 e 1.036 do CPC consagram esse conjunto de regras. [...]

Se a questão ainda não foi submetida ao tribunal superior, para a fixação da tese, somente os recursos extraordinário ou especial, que tenham sido escolhidos como representativos da controvérsia (no mínimo dois, de acordo com o art. 1.036,

§ 1º, CPC), devem ser encaminhados ao tribunal superior os demais devem ficar sobrestados no tribunal local. Por isso, o art. 1.030, IV, CPC, determina que o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local faça essa seleção dos recursos representativos da controvérsia. É importante registrar: ‘Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida’ (art. 1.036, § 6º, CPC).

[...]

De acordo com o art. 1.036, § 1º, CPC, o presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional federal pode provocar a instauração do incidente, selecionando dois ou mais recursos representativos da controvérsia e os remetendo ao tribunal superior.

‘O texto normativo prevê que sejam selecionados dois ou mais recursos, transparecendo a clara preocupação em se melhorar a amplitude do debate para a formação de precedentes pelo tribunal superior, em conformidade com o princípio do contraditório e com o amplo debate que marca o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.’

[...]

A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia (art. 1.036, § 4º, CPC).

Essa não vinculação também significa que o relator, no tribunal superior, pode simplesmente entender que não é caso de instaurar o incidente, ao menos não naquele momento. Se isso acontecer, o relator comunicará o fato ao presidente ou vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º (art. 1.037, § 1º, CPC),” (DIDIER JR., Fredie; e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. v. 3. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 645-647).

O Superior Tribunal de Justiça regulamentou os procedimentos afetos aos recursos repetitivos, nos termos dos arts. 256 e seguintes de seu Regimento Interno, introduzidos pela Emenda Regimental 24/2016, sendo pertinente a transcrição das seguintes disposições:

“Art. 256. Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente dos Tribunais de origem (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal), conforme o caso, admitir dois ou mais recursos especiais representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais processos, individuais ou coletivos, suspensos até o pronunciamento do STJ.

§ 1º Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente:

I- a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial;

II- a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso;

III- a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto.

§ 2º O Tribunal de origem, no juízo de admissibilidade:

I- delimitará a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito do recurso especial repetitivo, com a indicação dos respectivos códigos de assuntos da Tabela Processual Unificada do Conselho Nacional de Justiça;

II- informará, objetivamente, a situação fática específica na qual surgiu a controvérsia;

III- indicará, precisamente, os dispositivos legais em que se fundou o acórdão recorrido;

IV informará a quantidade de processos que ficarão suspensos na origem com a mesma questão de direito em tramitação no STJ;

V- informará se outros recursos especiais representativos da mesma controvérsia estão sendo remetidos conjuntamente, destacando, na decisão de admissibilidade de cada um deles, os números dos demais;

VI- explicitará, na parte dispositiva, que o recurso especial foi admitido como representativo da controvérsia.”

Fixadas tais premissas, importa ressaltar que, no âmbito desta Corte de Justiça, verifica-se a multiplicidade de recursos especiais que versam sobre idêntica questão de direito, repita-se: a possibilidade de majoração da pena, em caso de furto qualificado, pela consideração de seu cometimento no período noturno - como causa de aumento, considerada na terceira fase dosimétrica, ou como elemento a valorar negativamente as circunstâncias do delito, na primeira etapa.

Frisa-se que, em um primeiro momento, a jurisprudência e a doutrina pátrias majoritárias firmaram o posicionamento de que a causa de diminuição prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, reconhecida diante da figura do furto privilegiado, não poderia ser aplicada à modalidade qualificada do delito, sobretudo em razão do critério topográfico dos dispositivos legais.

Nesse sentido, considerando tal pressuposto, a causa aumento prevista no art. 155, § 1º, do mesmo diploma normativo também seria incompatível com a forma qualificada do delito em análise.

A propósito:

“O furto praticado durante o repouso noturno, ou simplesmente furto noturno, está previsto no art. 155, § 1º, do Código Penal: ‘A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.’

Trata-se de uma causa de aumento de pena (aplicável na 3ª fase da dosimetria da pena privativa de liberdade), e não de qualificadora. [...] De fato, o Código Penal prevê o furto noturno como um meio-termo entre o furto simples (art. 155, *caput*) e o furto qualificado (CP, art. 155, §§ 4º e 5º). A pena é a mesma cominada ao furto simples, mas aumentada de um terço.

A causa de aumento de pena somente incide no tocante ao furto simples, não se aplicando ao furto qualificado. As razões que justificam este raciocínio são:

a) Técnica de elaboração legislativa: a posição geográfica em que se encontra o furto noturno revela a intenção

do legislador em submeter a exasperação da reprimenda apenas à modalidade fundamental, disciplinada no *caput*; e

b) As figuras qualificadas possuem penas autônomas, que já foram alteradas em seus patamares mínimo e máximo, fornecendo uma mais grave e justa punição ao sujeito envolvido no furto qualificado.” (MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial vol. 2*. 7ª. ed. rev., atual. e ampl.: Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 356-357)

E, nas palavras de Rogério Greco:

[...] a majorante em estudo somente se aplica ao furto simples, não sendo permitida a causa de aumento nas hipóteses de furto qualificado. Isso porque, de acordo com a situação topográfica do parágrafo *sub examen*, fosse a intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal. (*Código penal comentado*. 8. ed. Niterói: Ímpetus, 2014. p. 483).

No mesmo norte, extrai-se da jurisprudência do Tribunal Superior:

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA POR TER SIDO O DELITO PRATICADO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo juízo de origem, não pode esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados. Nestes, as penas previstas já são superiores.

3) Impetração não conhecida, com concessão de “habeas corpus” de ofício para, cancelado o aumento de pena por ter sido o delito cometido no período noturno, reduzir as penas dos pacientes a três anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa, mantido o regime prisional inicial fechado, reconheço a extinção da punibilidade da espécie, com relação ao paciente Carlos Fernando Mendonça Marinho, nos termos do artigo 109, inciso IV; 110; e 115, do Código Penal.” (HC 131391/MA, rel. Min. Celso Limongi, j. em 19/08/2010) [grifou-se]

Entretanto, posteriormente, revisitando esse entendimento, a Corte de Uniformização passou a admitir a incidência da majorante em exame também nas hipóteses da modalidade qualificada do delito de furto.

A alteração ganhou força a partir do julgamento do recurso especial representativo de controvérsia n. 1.193.194/MG, no qual se decidiu que, apesar da posição sistemática dos dispositivos relativos à figura do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP) e do furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP) do Estatuto Repressivo, não haveria óbice à aplicação conjunta destes.

Nesse norte, foi editada a Súmula 511 do STJ, a qual dispõe que: “*É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva*”.

Dessarte, a partir de tal modificação jurisprudencial, a jurisprudência da Corte Superior passou a considerar que, se não haveria impedimento à incidência concomitante dos parágrafos 2º e 4º do art.

155 do Código Penal, em que pese a localização topográfica de tais dispositivos no diploma normativo, também não haveria empecilho à aplicação da majorante prevista no art. 155, parágrafo 1º, do mesmo código aos casos de furto na forma qualificada.

O assunto também foi tratado no informativo n.º 554 do Superior Tribunal Justiça, disponibilizado em fevereiro de 2015, em que restou firmada a seguinte tese jurídica:

“A causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP - que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - é aplicável tanto na forma simples (caput) quanto na forma qualificada (§ 4º) do delito de furto.”

A propósito, cita-se a ementa do julgado relacionado:

“A causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP - que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - é aplicável tanto na forma simples (caput) quanto na forma qualificada (§ 4º) do delito de furto. Isso porque esse entendimento está em consonância, mutatis mutandis, com a posição firmada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.193.194-MG, no qual se afigurou possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), máxime se presentes os requisitos. Dessarte, nessa linha de raciocínio, não haveria justificativa plausível para se aplicar o § 2º do art. 155 do CP e deixar de impor o § 1º do referido artigo, que, a propósito, compatibiliza-se com as qualificadoras previstas no § 4º do dispositivo. Ademais, cumpre salientar que o § 1º do art. 155 do CP refere-se à causa de aumento, tendo aplicação apenas na terceira fase da dosimetria, o que não revela qualquer prejuízo na realização da dosimetria da pena com arrimo no método trifásico. Cabe registrar que não se desconhece o entendimento da Quinta Turma do STJ segundo o qual somente será cabível aplicação da mencionada causa de aumento quando o crime for perpetrado na sua forma simples (caput do art. 155). Todavia, o fato é que, após o entendimento exarado em 2011 no julgamento do EREsp 842.425-RS, no qual se evidenciou a possibilidade de aplicação do privilégio (§ 2º) no furto qualificado, não há razoabilidade em negar a incidência da causa de aumento (delito cometido durante o repouso noturno) na mesma situação em que presente a forma qualificada do crime de furto. Em outras palavras, uma vez que não mais se observa a ordem dos parágrafos para a aplicação da causa de diminuição (§ 2º), também não se considera essa ordem para imposição da causa de aumento (§ 1º).” (HC 306.450-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/12/2014, DJe 17/12/2014)

Portanto, feitas tais considerações prévias, denota-se que ambas as Turmas da Corte Superior já firmaram a orientação no sentido de que a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal é aplicável tanto na forma simples do crime de furto (*caput*) como na sua forma qualificada, consoante se infere dos seguintes acórdãos:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE PESSOAS. ART. 158, §§ 1º E 3º, DO CP. CABIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, CP. POSSIBILIDADE.

[...]

3. Tendo em vista que o texto legal é unidade e que as normas se harmonizam, conclui-se, a partir de uma interpretação sistemática do artigo 158 do Código Penal, que o seu § 1º não foi absorvido pelo § 3º, pois, como visto, o § 3º constitui-se qualificadora, estabelecendo outro mínimo e outro máximo da pena abstratamente cominada ao crime; já o § 1º prevê uma causa especial de aumento de pena.

4. Dessa forma, ainda que topologicamente a qualificadora esteja situada após a causa especial de aumento de pena, com esta não se funde, uma vez que tal fato configura mera ausência de técnica legislativa, que se explica pela inserção posterior da qualificadora do § 3º no tipo do artigo 158 do Código Penal, que surgiu após uma necessidade de reprimir essa modalidade criminosa.

5. Em circunstância análoga, na qual foi utilizada majorante prevista topologicamente em parágrafo anterior à forma qualificada, tal como na hipótese dos autos, esta Corte Superior decidiu que, sendo compatível o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado - entendimento proferido no Recurso Especial representativo da controvérsia n. 1.193.194/MG -, mutatis mutandi, não há incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.

[...]

9. Recurso especial provido.” (REsp 1353693/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 13/09/2016)

“[...] 5. Conforme o entendimento consolidado no Resp 1.193.194/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal é compatível com as qualificadoras objetivas do crime de furto. Por consectário, a jurisprudência desta Corte, seguindo tal linha de raciocínio, passou a entender ser o aumento relativo ao furto noturno compatível com a figura do furto qualificado. Precedentes [...]” (HC 391.007/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 22/08/2017).

“RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. AFASTAMENTO. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA.

[...] COMPATIBILIDADE ENTRE A FORMA QUALIFICADA DO CRIME DE FURTO E A CAUSA DE AUMENTO DO § 1º DO ART. 155, DO CP.

Esta Corte já assentou entendimento no sentido de que “a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal - prática do crime de furto no período noturno -, (...), pode incidir tanto no crime de furto simples (caput) como na sua forma qualificada (§ 4º). Isso porque tal entendimento está em consonância, mutatis mutandis, com a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, (...), no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º), máxime se presentes os requisitos.” (HC 306.450/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

[...]

2. Recurso especial provido com redimensionamento das penas dos acusados.” (REsp 1716938/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. Em 19/04/2018).

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DELITO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1721890/MS, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 22/05/2018).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, 167 E 171, TODOS DO CPP. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. PERÍCIA DIRETA. IMPRESCINDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES.

1. Segundo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a causa de aumento tipificada no § 1º do art. 155 do Código Penal, referente ao crime cometido durante o repouso noturno, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto.

[...]

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1708538/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 05/04/2018).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PRATICADO DURANTE REPOUSO NOTURNO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E EXPLOSÃO. FURTO QUALIFICADO. COMPATIBILIDADE ENTRE A QUALIFICADORA E A MAJORANTE PREVISTA NO § 1º DO ART. 155 DO CP. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXPLOSÃO. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA A BENS JURÍDICOS DISTINTOS DO DELITO DE FURTO.

1. A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto (HC 306.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2014, DJe 17/12/2014).

[...]

5. Recurso especial e agravo em recurso especial improvidos.” (REsp 1647539/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 21/11/2017).

De outro vértice, nesta Corte, vislumbram-se: *a)* julgados que já vêm aplicando o posicionamento acima citado e firmado pelo STJ (como exemplos, citam-se: Apelações Criminais ns. 0000078-31.2016.8.24.0085; 004427-80.2017.8.24.0008; 0004566-30.2016.8.24.0020; 0006070-37.2017.8.24.0020; 0009483-58.2017.8.24.0020;

0021346-86.2013.8.24.0008, entre outras); *b)* decisões que entendem ser inaplicável a causa especial de aumento de pena descrita no § 1º do art. 155 do Código Penal ao crime de furto qualificado, mas viável a sua valoração como circunstância judicial negativa, na primeira fase do cálculo dosimétrico, conforme se extrai das seguintes ementas:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA

O PATRIMÔNIO. FURTO NOTURNO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. ART. 155, §§ 1º E 4º, I E IV DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA INCOMPATIBILIDADE DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO COM O FURTO QUALIFICADO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTES TRIBUNAL NO SENTIDO DE QUE A CAUSA DE AUMENTO DO FURTO NOTURNO É INAPLICÁVEL AO FURTO PRATICADO NA FORMA QUALIFICADA. TODAVIA, VIÁVEL A SUA MIGRAÇÃO PARA A PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, DE MODO A EXASPERAR A PENA-BASE À LUZ DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ADEQUAÇÃO DO CÁLCULO DA PENA.

AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INVIABILIDADE. ARROMBAMENTO DE PORTA E DANIFICAÇÃO DE OUTRAS ESTRUTURAS DEMONSTRADO POR PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA.

SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS NEGATIVAS. MEDIDAS QUE NÃO SÃO SOCIALMENTE RECOMENDÁVEIS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Na esteira do entendimento majoritário deste Tribunal, sem olvidar da mudança de posicionamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o crime ter sido praticado durante o repouso noturno não pode ser reconhecido como causa especial de aumento da pena em hipótese de furto qualificado, nada impedindo, entretanto, sua migração para a primeira etapa da dosimetria, como circunstâncias do crime.

[...]” (Ap. Crim. n. 0003929-39.2017.8.24.0022, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. em 14/06/2018).

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO, MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO (ART. 155, §§ 1º E 4º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES. AVENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NO QUE TANGE AO EXAME DE UMA DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. ARGUMENTOS DEFENSIVOS, AINDA QUE TACITAMENTE, RECHAÇADOS. DE OUTRO NORTE, SUPOSTA NULIDADE EM DECORRÊNCIA DA IMPOSIÇÃO DE ALGEMAS AO ACUSADO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA PELA TOGADA *A QUO*, NA SENTENÇA, QUE JUSTIFICA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO NO RÉU. AFIRMATIVA FUNDADA NA NECESSIDADE DE GARANTIA DA SEGURANÇA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA DEFESA POR OCASIÃO DA SOLENIDADE E DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PREFACIAIS REJEITADAS. MÉRITO. PLEITEADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ACUSADO MULTIRREINCIDENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS. ADEMAIS, FORMA QUALIFICADA DO DELITO QUE TAMBÉM IMPEDE A APLICAÇÃO DO MENCIONADO PRINCÍPIO. BENEFÍCIO INCOMPATÍVEL COM A REPRESSÃO QUE O CASO EXIGE. TIPICIDADE DA CONDUITA MANIFESTA. DE OUTRO NORTE, PEDIDO DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO ACOLHIDO. INCOMPATIBILIDADE DESTA COM A MODALIDADE QUALIFICADA DE O DELITO DE FURTO. MIGRAÇÃO PARA A PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REPRIMENDA DEFINITIVA ALTERADA. ALMEJADA A COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO ACOLHIMENTO. PREPONDERÂNCIA DAQUELA SOBRE ESTA, POR SE TRATAR DE RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. MITIGAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS TAMBÉM INCABÍVEIS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] 4. “Na esteira do entendimento majoritário deste Tribunal, sem olvidar da mudança de posicionamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o crime ter sido praticado durante o repouso noturno não pode ser reconhecido como causa especial de aumento da pena quando diante do furto qualificado, nada impedindo, entretanto, sua incidência como circunstâncias do crime na primeira etapa da dosimetria” (TJSC - Apelação n. 0001903-69.2015.8.24.0012, de Caçador, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 15/03/2016).”

[...] (Ap. Crim. n. 0006627-58.2016.8.24.0020, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. em 26/04/2018) [grifos originais]

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, INCISO IV C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AGENTE QUE, EM COMUNHÃO DE ESFORÇOS E DESÍGNIOS COM TERCEIRO NÃO IDENTIFICADO, TENTA SUBTRAIR DIVERSOS OBJETOS DO INTERIOR DE UM IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. APELANTE FLAGRADO PELOS POLICIAIS MILITARES NO MOMENTO EM QUE ACOMODAVA A RES FURTIVA DENTRO DO AUTOMÓVEL. PALAVRAS DA VÍTIMA UNÍSSONAS E COERENTES ENTRE SI AO LONGO DE TODA A PERSECUÇÃO CRIMINAL, CORROBORADAS PELAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS MILITARES E DE TESTEMUNHA. VERSÃO DO APELANTE ISOLADA DE TODAS AS PROVAS ANGARIADAS. CONDENAÇÃO PRESERVADA.

DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS DOS ANTECEDENTES E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE OSTENTA 6 (SEIS) CONDENAÇÕES DEFINITIVAS E ANTERIORES. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES, NA PRIMEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA, E, INCLUSIVE, DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NA ETAPA INTERMEDIÁRIA. ADEMAIS, EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME ESCORREITA. POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO PARA A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. SENTENÇA MANTIDA.

“No crime de furto, pode-se considerar o fato de o delito haver sido perpetrado durante o repouso noturno tanto como circunstância judicial desfavorável quanto, na terceira fase da pena, como majorante (§ 1º do art. 155 do Código Penal)” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 354371/DF, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.03.2018).

[...]

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Ap. Crim. n.

0007035-24.2018.8.24.0038, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. em 04/09/2018).

“APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO, POR DUAS VEZES; FURTO QUALIFICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO, NA FORMA TENTADA; FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO; FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO, NA FORMA TENTADA E CORRUPÇÃO DE MENORES, POR CINCO VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 155, §§ 1º E 4º, IV, POR DUAS VEZES; ART. 155, §§ 1º E 4º, IV, C/C ART. 14, II, ART. 155,

§§ 1º E 4º, II E IV, ART. 155, §§ 1º E 4º, I, II E IV, C/C ART. 14, II, TODOS DO CP, E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90, POR CINCO VEZES, TUDO NA FORMA DO ART. 71 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

[...]

CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO NA TERCEIRA FASE. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO QUE NÃO PERMITEM A INCIDÊNCIA DE TAL MAJORAÇÃO. MIGRAÇÃO, CONTUDO PARA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

DA PRIMEIRA FASE. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DO QUANTUM MAJORADO EM FUNÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME (FATO III), BEM COMO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME EM FUNÇÃO DA ESCALADA (FATO IV) E DA ESCALADA E DO ARROMBAMENTO (FATO V). ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS DESTA CORTE.

[...] RECURSO NÃO CONHECIDO.” (Ap. Crim. n. 0001934-50.2017.8.24.0067, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. em 10/07/2018).

Nesse contexto, é necessário enfatizar que a própria Corte Superior já exarou decisões que contemplam tal posicionamento – qual seja, a possibilidade de realizar a migração da majorante em exame para fins de negativar as circunstâncias do delito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO

QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE MAIS DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. REPOUSO NOTURNO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...] 2. No crime de furto, pode-se considerar o fato de o delito haver sido perpetrado durante o repouso noturno tanto como circunstância judicial desfavorável quanto, na terceira fase da dosimetria da pena, como majorante (§ 1º do art. 155 do Código Penal).

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AgRg no AREsp 354371/DF, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 20/03/2018)

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA DO PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. REFORMA. IMPOSSIBILIDADE. NON REFORMATIO IN PEJUS. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. INCABÍVEL. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 2. A circunstância desfavorável de ter sido o furto qualificado executado durante o período noturno foi incorretamente valorada na fixação da pena-base, malgrado componha causa especial de aumento de pena (CP, art. 155, § 1º), conforme jurisprudência desta corte. Entrementes, a atecnia mostrou-se benéfica aos pacientes, porquanto a valoração dessa circunstância na terceira fase da dosimetria da pena comportaria aumento superior àquele vislumbrado na primeira fase, motivo que torna inviável a reforma da decisão, sob pena de violação à regra da non reformatio in pejus. [...]” (HC 390827/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 22/05/2018).

“RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. REPOUSO NOTURNO. INCIDÊNCIA.

1. Hipótese em que a instância de origem decidiu que é inaplicável a causa especial de aumento de pena descrita no § 1o do art. 155 do Código Penal ao crime de furto qualificado.

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “a causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto.” (HC 424.098/SC, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018).

3. “No crime de furto, pode-se considerar o fato de o delito haver sido perpetrado durante o repouso noturno tanto como circunstância judicial desfavorável quanto, na terceira fase da dosimetria da pena, como majorante (§ 1º do art. 155 do Código Penal).” (AgRg no AgRg no AREsp 354.371/DF, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018).

4. Recurso provido para afastar o entendimento do Tribunal a quo de incompatibilidade do furto qualificado e da causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno, mantendo, no entanto, sua mensuração como circunstância judicial desfavorável aos recorridos, sem repercussão, portanto, nos apenamentos finais firmados no acórdão recorrido.” (REsp 1730288/SC, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 22/05/2018).

“PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. BEM AVALIADO EM R\$ 300,00. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MULTIRREINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELA PRÁTICA DO DELITO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. MIGRAÇÃO DA MAJORANTE PARA PENA-BASE. SOLUÇÃO MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA

[...] 3. A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Na espécie, o Tribunal a quo, afastando-se da orientação erigida por esta Corte, adotou solução mais benéfica ao acusado, transplantando a majorante para a primeira etapa do exame dosimétrico, o que resultou na diminuição da pena final, não havendo se falar em ilegalidade por reformatio in pejus.

4. Diante da reincidência e da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, adequada a fixação do regime inicial fechado para início do desconto da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Ordem denegada. (HC 424.098/SC, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 06/02/2018)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. REPOUSO NOTURNO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. EXASPERAÇÃO DA PENA. MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A majorante do repouso noturno poderá ser utilizada para exasperar a reprimenda na primeira etapa da dosimetria, ao invés de aplicá-la na terceira fase, tal como procedeu o Juízo sentenciante.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1557470/MG, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 06/02/2018).

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. AFASTAMENTO DE UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DO AUMENTO DA SANÇÃO REALIZADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. ELEVAÇÃO SUFICIENTE À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. POSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A PRÁTICA DO CRIME DURANTE O PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO PARA NEGATIVAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUANDO TAL FATO NÃO É UTILIZADO PARA QUALIFICAR O ILÍCITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

[...]

3. É plenamente viável que uma das circunstâncias que poderiam qualificar o furto seja considerada para fins de majorar a pena-base do crime, consoante a jurisprudência pacífica deste Sodalício. Precedentes.

4. Ainda que a qualificadora referente ao cometimento do furto durante o período de repouso noturno não tenha sido invocada pelo órgão ministerial na peça vestibular, o certo é que nada impede que a prática do crime na madrugada, devidamente comprovada nos autos, seja considerada para negativar as circunstâncias do delito, como na espécie.

5. Habeas corpus não conhecido.” (HC 306049/DF, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Quinta Turma, j. em 22/09/2015).

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MULTIRREINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL NEGATIVAMENTE VALORADAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTUM DE REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. REGIME FECHADO MANTIDO. RÉUS REINCIDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO DA SÚMULA/STJ

269. DETRAÇÃO DE REGIME. SENTENÇA PROFERIDA APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.736/2012. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

4. A valoração negativa das circunstâncias do crime mereceu motivação idônea, pois o seu *modus operandi* revela maior gravidade, vez que o delito foi praticado durante o repouso noturno, enquanto as vítimas dormiam. Demais disso, ao contrário do alegado na impetração, o Magistrado processante apenas valorou tal circunstância na primeira etapa do critério trifásico por entender não ser possível o reconhecimento da majorante do repouso noturno, já que se trata de furto qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 155, § 4º, VI), e a referida causa de aumento está topograficamente vinculada ao furto simples (CP, art. 155, caput, e § 1º).

[...]

11. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para determinar que o Juízo das Execuções aplique aos pacientes a detração de regime.” (HC 371065/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 22/11/2016).

Nessa conjuntura, em síntese, verifica-se que a Corte Superior já assentou a possibilidade de majoração da pena em razão do reconhecimento da prática, durante o período noturno, do delito de furto qualificado, entendimento ainda controverso no Tribunal catarinense; contudo, constata-se divergência acerca do momento dosimétrico para aplicar tal aumento – elemento utilizado para valorar negativamente as circunstâncias judiciais do delito (art. 59 do Código Penal), na primeira etapa, ou como causa de aumento, a incidir na terceira fase (art. 155, § 1º, do Código Penal), o que pode influenciar no *quantum* final da pena aplicada.

Assim, na seleção dos recursos representativos, busca-se contemplar os posicionamentos existentes neste Tribunal e na Corte Superior, a fim de abranger os diversos argumentos que integram a discussão.

Apesar da nítida divergência entre as soluções acima descritas, não se tem notícia até a presente data a respeito da instauração de procedimento de uniformização de jurisprudência sobre a questão.

Ressalte-se que a submissão do tema ao procedimento de recursos repetitivos poderá otimizar a segurança e a celeridade processuais, pois, a partir da fixação da tese jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão poderá ser resolvida no âmbito da Corte local, negando-se seguimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver de acordo com a orientação firmada e, quando a contrariar, devolvendo-se os autos ao órgão julgador para eventual juízo de retratação, evitando remessas desnecessárias à Corte de destino.

A respeito do requisito quantitativo, esclarece-se que, na presente data, encontram-se conclusos nesta 2ª Vice-Presidência outros recursos especiais versando sobre o assunto, assim identificados:

0001667-91.2014.8.24.0032/50000;
0000621-61.2014.8.24.0034/50000;
0001423-89.2016.8.24.0066/50000.

Cumpre mencionar, de forma exemplificativa, a existência de diversos outros apelos especiais sobre a mesma questão, interpostos perante esta Corte e já remetidos ao Superior Tribunal de Justiça:

0000020-81.2015.8.24.0014/50000;
0001035-54.2013.8.24.0144/50000;
0005194-79.2008.8.24.0026/50000;
0017250-64.2015.8.24.0038/50000;
0020612-74.2015.8.24.0038/50000;
0011143-19.2015.8.24.0033/50001;
0001903-69.2015.8.24.0012/50001;
0000152-30.2015.8.24.0050/50000;
0000421-42.2016.8.24.0080/50000;
0046563-18.2015.8.24.0023/50000;
0001454-93.2016.8.24.0039/50000;
0005669-18.2016.8.24.0038/50000;
0025263-52.2015.8.24.0038/50001;
0001932-07.2016.8.24.0038/50000;
0008033-57.2016.8.24.0039/50000;
0008558-35.2016.8.24.0008/50000;
0000079-10.2017.8.24.0011/50000;
0000091-31.2016.8.24.0020/50000;

0006644-21.2017.8.24.0033/50000;
0820153-73.2014.8.24.0038/50001;
0001004-28.2017.8.24.0036/50000;
0000690-33.2017.8.24.0020/50000;
0046870-69.2015.8.24.0023/50000;
0008923-14.2016.8.24.0033/50000;
0010840-87.2015.8.24.0038/50000;
0008974-10.2016.8.24.0038/50000;
0003295-22.2016.8.24.0008/50000;
0000037-96.2016.8.24.0139/50000;
0025170-89.2015.8.24.0038/50000;
0001251-70.2015.8.24.0103/50000;
0013645-13.2015.8.24.0038/50000;
0019501-55.2015.8.24.0038/50000;
0800495-02.2014.8.24.0026/50000.

Registra-se, ainda, a presença dos requisitos intrínsecos, vale dizer, cabimento, legitimidade e interesse recursal, bem como a inexistência de fato impeditivo ou extintivo da faculdade de recorrer.

Destarte, considerando os princípios da economia, da celeridade processual e da segurança jurídica, o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, assim como a multiplicidade de recursos com debate sobre a questão jurídica em foco, seleciono este recurso especial como representativo da controvérsia repetitiva.

Ante o exposto:

a) admito o presente recurso especial n. **0006985-03.2015.8.24.0038/50000**, selecionando-o como **representativo de controvérsia repetitiva**, com fundamento nos artigos 1.030, IV, 1.036, § 1º, e 1.037 do Código de Processo Civil, e no art. 256, § 2º, V e VI, do Regimento Interno do STJ, e determino sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça, juntamente com os Recursos Especiais ns. **0001667-91.2014.8.24.0032/50000**, **0000621-61.2014.8.24.0034/50000** e **0001423-89.2016.8.24.0066/50000**;

b) com fundamento no art. 1.036, § 1º, parte final, do CPC/15, e no art. 256, *caput*, do RISTJ, **determino a suspensão dos recursos apenas no âmbito de competência desta 2ª Vice-Presidência** que versem sobre idêntica questão de direito (possibilidade de majoração da pena, na hipótese do delito de furto qualificado, em razão de seu cometimento no período noturno - como causa de aumento, considerada na terceira fase dosimétrica, ou como elemento apto a valorar negativamente as circunstâncias do crime, na primeira etapa), tendo em vista manifestação do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo n. 966.177, no sentido de que a suspensão estabelecida pelo art. 1.035, § 5º, do CPC/15 - cuja norma também integra a sistemática

dos recursos submetidos ao regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos -, não se opera *ex lege*, dependendo de decisão judicial a respeito.

Em outras palavras, a aludida determinação depende de ato discricionário do relator do recurso paradigmático, o qual pode, inclusive, modular os efeitos da suspensão de modo a atingir apenas processos em determinado grau de jurisdição.

Desse modo, caso revele-se necessária a suspensão de todos os processos em tramitação no território nacional, prudente que tal determinação advenha de manifestação da própria Corte Superior quando de eventual afetação da matéria, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/15.

a. ainda na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo n. 966.177 quanto à suspensão estabelecida pelo art. 1.035, § 5º, do CPC/15, impende ressaltar que: *c.1)* opera-se automaticamente a suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas, a partir de interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP; *c.2)* em nenhuma hipótese o sobrestamento de processos penais abrangerá inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; *c.3)* em nenhuma hipótese o sobrestamento de processos penais abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente; e *c.4)* poderá o juízo de piso, no curso da suspensão, proceder, conforme a necessidade, à produção de provas de natureza urgente;

b. cadastre-se no NUGEP o presente Grupo de Representativos - GR, para monitoramento e informações, bem como para comunicação aos magistrados da presente decisão de suspensão, na forma do art. 3º da Resolução n. 32/2017 do Gabinete da Presidência deste TJSC;

c. dê-se ciência aos juízos de primeiro grau com competência para apreciar a matéria e às Câmaras Criminais desta Corte de Justiça;

d. oficie-se à Presidente do Superior Tribunal de Justiça, ou a seu delegatário, noticiando a remessa destes recursos representativos de controvérsia, para fins do art. 256-A do Regimento Interno daquela Corte Superior c/c art. 2º, I, da Portaria STJ/GP n. 299/2017.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Florianópolis, 16 de outubro de 2018.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

Recurso Extraordinário n. 0021519-74.2013.8.24.0020/50002, de Criciúma

Recorrente: Maria do Carmo de Toledo Afonso

Advogado: Rafael Burigo Serafim (OAB: 17051/SC)

Recorrido: Construfase Construção Civil Ltda

Advogados: Alisson Tomaz Comin (OAB: 16617/SC) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA

Maria do Carmo de Toledo Afonso interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, inc. III, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil do 1988 – CRFB/88, contra acórdão prolatado pela Quinta Câmara de Direito Público que negou provimento ao recurso de apelação por ela interposto, mantendo a sentença que julgou procedente o pedido formulado por Construfase Construção Civil Ltda na ação de origem, para determinar a devolução do valor de R\$ 35.707,57, em razão da cobrança dos emolumentos por unidade imobiliária objeto de ato registral, sem a observância do art. 237-A, § 1º, da Lei nº 6.015/1973.

Em suas razões (fls. 284-292), sustentou a inconstitucionalidade material do art. 237-A, § 1º, da Lei nº 6.015/1973, ao argumento de que seu conteúdo excede a competência da União para estabelecer normas gerais a respeito da fixação de emolumentos por serviços notariais, usurpando a competência tributária estadual para fixar o respectivo valor e instituir hipóteses de isenção, de modo a contrariar os arts. 22, inc. XXV, 151, inc. III, e 236, § 2º, da Constituição Federal. Postulou a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo em alusão e, por conseguinte, o reconhecimento da legalidade da cobrança de emolumentos por unidade imobiliária objeto de ato registral, com a improcedência do pedido inicial.

Com as contrarrazões (fls. 313-317), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

O recurso merece ascender ao Supremo Tribunal Federal, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, importa mencionar que a interposição é tempestiva e que a recorrente comprovou o recolhimento integral do preparo (fls. 293-296), nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil.

Além disso, o acórdão recorrido foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual e a recorrente alegou e justificou a existência de repercussão geral, amoldando-se as razões recursais à hipótese prevista no art. 102, III, alíneas ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, pois fundadas na suposta violação às normas dispostas nos arts. 22, inc. XXV, 151, inc. III, e 236, § 2º, da CRFB/1988, ao julgar válido o art. 237-A da Lei nº 6.015/1973, contestado em face das normas constitucionais em referência.

Dessa forma, está caracterizado o prequestionamento, ainda que ficto, a teor do art. 1.025 do Código de Processo Civil, em virtude da oposição de embargos de declaração (fls. 247-250 e 265-268).

Além disso, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre a constitucionalidade do art. 237-A da Lei nº 6.015/1973.

Vale mencionar ainda que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando esse dispositivo como regra de âmbito geral, consoante se depreende da seguinte decisão:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REGISTRO

DE IMÓVEIS. EMOLUMENTOS DE AVERBAÇÕES E REGISTROS. ATO DE REGISTRO ÚNICO. NORMA DE ÂMBITO GERAL. ART. 237-A DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. PRECEDENTES. ARTS. 458, II E 535, II DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

Pacífico o entendimento deste Sodalício, no sentido de que para fins de cobrança de emolumentos relativos à quitação da aquisição de lotes destinados à construção sob o regime de incorporação imobiliária, deverá ser observado o comando inserto no art. 237-A, da Lei de Registros Público, o qual ‘determina que, após o registro da incorporação imobiliária, até o ‘habite-se’, todos os subsequentes registros e averbações relacionados à pessoa do incorporador ou aos negócios jurídicos alusivos ao empreendimento sejam realizados na matrícula de origem, assim como nas matrículas das unidades imobiliárias eventualmente abertas, consubstanciando, para efeito de cobrança de custas e emolumentos, ato de registro único.’ (REsp 1.522.874/DF, relator o em.Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015).

2. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC/1973. Isso porque, embora rejeitados os Embargos de Declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da Recorrente.

3. Agravo interno não provido” (STJ, AgInt no AREsp 777.629/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 21-9-2017)

Nesse contexto, afigura-se pertinente a ascensão do reclamo à Corte de destino, a fim de submeter ao STF a questão em referência.

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

À vista do exposto, com fulcro no art. 1.030, *caput*, inc. V, do CPC/2015, **admito** o recurso extraordinário.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 03 de dezembro de 2018;

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Agravo Interno n. 0001222-68.2008.8.24.0037/50001, de Joaçaba

Agravante: Hilton Pivetta

Advogados: Marlon Charles Bertol (OAB: 10693/SC) e outros

Agravado: Sérgio Summy

Advogado: Sérgio Carlos Balbinote (OAB: 18391/SC)

Agravados: Claudemir Schmit e outro

Advogados:

DECISÃO MONOCRÁTICA

Hilton Pivetta, com base nos arts. 1.021 e 1.030, § 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. 1.42 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, Rel^a. 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. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO EM RECURSO 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 26/08/2016, 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 incidência da Súmula 7 do STJ, e, por analogia, da Súmula 284 do STF (fls. 440-442).

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, 28 de agosto de 2018.

Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 4019969-76.2018.8.24.0900/50001, de São Francisco do Sul

Recorrente: Fundação Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI

Advogado: Leandro Roberto Gonçalves (OAB: 40992/SC)

Recorrido: Francisco Freire da Rocha Neto

DECISÃO MONOCRÁTICA

Fundação Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 98, “caput”, e 489, § 1º, inciso VI, ambos, do Código de Processo Civil de 2015, e 1º da Lei n. 1.060/1950; além de divergência jurisprudencial relacionada à concessão da gratuidade de justiça em favor da fundação recorrente.

Impossibilitado o cumprimento da fase do artigo 1.030, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015, nos termos da certidão de fl. 116.

No que pertine ao defendido desrespeito ao art. 1º da Lei n. 1.060/1950, o recurso especial não merece ascender pela alínea “a” do permissivo constitucional por óbice do enunciado da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, esta aplicável por analogia, porquanto a decisão atacada não exerceu juízo de valor acerca do aludido dispositivo legal.

No mesmo sentido:

A jurisprudência desta Corte considera que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal *a quo*, não obstante a interposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356 do STF (STJ, AgInt no AREsp 961.688/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/03/2017).

Outrossim, o recurso não comporta admissão no que tange à alegada contrariedade ao art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC/2015, uma vez que o acórdão recorrido, embora contrário aos interesses da parte recorrente, manifestou-se sobre as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, sobretudo no que se refere à análise das provas produzidas nos autos, de sorte que não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional e o inconformismo configura, na verdade, pretensão de rediscutir a matéria de mérito resolvida.

Do mesmo modo, em relação à mencionada ofensa ao art. 98, do CPC/2015 e correlato dissídio pretoriano, a admissão do presente recurso pelas alíneas “a” e “c” é obstada pelo enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a conclusão a que chegou a Câmara julgadora está sustentada nos elementos fático-probatórios trazidos ao processo, de sorte que, para se chegar a conclusão diversa, seria indispensável o revolvimento da matéria probatória constante dos autos, o que é vedado na via do recurso especial.

Extrai-se trecho do julgado atacado que evidenciam tais circunstâncias:

A hipossuficiência da agravante não ficou suficientemente comprovada, porque, para a demonstração da mencionada necessidade, a Univali anexou cópias: a) da portaria n. 630, de 30-10-2014, que a qualificou como “instituição comunitária de educação superior (ICES)” (fl. 121); b) da notificação da decisão proferida no processo administrativo n. 11926.720566/2012-88, que trata do “requerimento de moratória no programa de estímulo à reestruturação e no fortalecimento das instituições de ensino superior - PROIES” (fls. 198-204); c) do ato declaratório executivo n. 1, de 1º-3-2013, concedendo moratória e parcelamento nos termos do art. 15 da Lei 12.688/2012 (fl. 208); d) das “demonstrações financeiras referentes aos exercícios findos em 31 de dezembro de 2013 e 2012 com relatório dos auditores independentes” (fls. 173-197); e) das “demonstrações financeiras referentes aos exercícios findos em 31 de dezembro de 2017 e 2016 com relatório dos auditores independentes” (fls. 129-161); f) do “relatório de situação fiscal” da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 206-207); e; g) de jornais locais informando sobre as dificuldades financeiras que passa (fls. 242-257).

Por sua vez, extraí-se da documentação que a Univali, em 31-12-2017, possuía: a) total de ativo de R\$ 469.517.000,00 (quatrocentos e sessenta e nove milhões e quinhentos e dezessete mil reais) (fl. 129); b) R\$ 13.523.000,00 (treze milhões quinhentos e vinte e três mil reais) em caixa (fl. 129); c) mensalidades líquidas a receber no valor de R\$ 17.991.000,00 (dezessete milhões, novecentos e noventa e um mil reais) (fl. 129) e; d) patrimônio imobilizado avaliado em R\$ 475.265.000,00 (quatrocentos e setenta e cinco milhões, duzentos e sessenta e cinco mil reais) (fl. 146).

Ademais, o fato de agravante ter aderido ao PROIES – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior, não é o suficiente para que lhe seja deferida a justiça gratuita. Da consulta ao site do Ministério da Educação é possível verificar que o objetivo do PROIES é “assegurar condições para a continuidade das atividades de entidades mantenedoras de instituições de ensino superior integrantes do sistema de ensino federal, por meio da aprovação de plano de recuperação tributária e da concessão de moratória de dívidas tributárias federais” (disponível em <http://portal.mec.gov.br/proies- apresentação, visualizado em 1º-10-2018>).

No caso presente, a agravante não está em processo de recuperação judicial que tem por objetivo “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47 da Lei n. 11.101/2005), a qual deve ser requerida perante a justiça.

Como se pode notar, o PROIES aderido pela Univali é uma renegociação de dívida tributária federal, e não um plano de recuperação judicial, de forma que não é suficiente para demonstrar a mencionada impossibilidade de pagamento das custas processuais.

É de ser relevado que é comum que as pessoas jurídicas possuam débitos diante da grande movimentação de recursos e da necessidade de administração do passivo e da liquidez, o que não presume a ausência de recursos financeiros para pagar as processuais.

Destarte, a agravante não demonstrou a real necessidade do benefício requerido e, mesmo que não seja necessária a comprovação da miserabilidade, não foi provada a iliquidez financeira (fls. 287-288, grifou-se).

A propósito, tem orientado o Superior Tribunal de Justiça:

Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC (STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 1033786/RS, Rel^a. Ministra Nancy Andrighi, j. 13/06/2017, DJe de 20/06/2017).

Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022 do CPC/15, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, **não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional** (STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1.654.518/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 13/06/2017, DJe de 22/06/2017, grifou-se).

E mais:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No presente caso, constato que o acolhimento da pretensão recursal, por qualquer das alíneas do permissivo constitucional, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

2. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 941.813/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 23/11/2016, grifou-se).

[...] 2. Encontra óbice na Súmula 7 do STJ a pretensão de revisão das conclusões do acórdão recorrido que, apreciando o conjunto probatório, para fins de concessão da gratuidade de justiça para a pessoa jurídica, as instâncias ordinárias não se convencem da hipossuficiência da parte, por ausência de provas suficientes nesse sentido. [...] (STJ, AgInt no AREsp 939.898/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 04/11/2016).

Não custa enfatizar, por derradeiro, que *“a divergência jurisprudencial, com fundamento na alínea ‘c’ do permissivo constitucional, fica prejudicada em razão do óbice da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o acórdão 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, Segunda Turma, REsp 1698512/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

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

Florianópolis, 19 de dezembro de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Extraordinário n. 0009911-61.2008.8.24.0018/50004, de Chapecó

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogados: Everaldo Luis Restanho (OAB: 9195/SC) e outro

Recorrido: Raimundo Tressoldi

Advogados: Rodolfo Mauricio Hirsch Neto (OAB: 24666/SC) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

Preambularmente, com base no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, considerando que o acórdão recorrido foi publicado até dia 17 de março de 2016, processar-se-á a admissibilidade do presente recurso conforme o regramento contido no Código de Processo Civil de 1973.

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Brasil Telecom S.A. contra o acórdão proferido por Câmara deste Tribunal.

Cumprida a fase do artigo 542, do Código de Processo Civil de 1973.

Inicialmente, destaca-se que o tema da presente demanda tem por objeto a complementação de ações em razão de descumprimento de contrato de participação financeira e subscrição de ações de empresa de telefonia.

A questão constitucional versada neste recurso extraordinário consiste na suposta violação ao princípio da isonomia, contido no artigo 5º, caput, inciso I, da Constituição Federal de 1988, pela não incidência do prazo prescricional aplicável às sociedades anônimas, previsto no artigo 287, inciso II, alínea “g”, da Lei Federal n. 6.404/76.

O Supremo Tribunal Federal, em plenário virtual, decidiu que “não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto contrato de participação financeira e subscrição de ações de telefonia, com complementação dos títulos acionário, versa sobre matéria infraconstitucional” (STF, Plenário virtual, re. Ministro César Peluso, AI 729.263, j. 14.8.2009).

A Corte Suprema, em busca da melhor interpretação da EC n. 45/2004 e da Lei n. 11.418/2006, definiu na Questão de Ordem no AI 760.358/SE, que, havendo decisão acerca da existência de repercussão geral nas causas em que houver multiplicidade de recursos sobre matéria idêntica, cabe ao tribunal de origem verificar caso a caso para adequar a lide à matéria decidida em caráter definitivo pelo STF (*leading case*). Assim, decidido que não há repercussão geral sobre determinado tema, a inadmissão dos recursos deriva da própria lei, cabendo ao tribunal de origem, apenas, o registro de sua ocorrência, sem que se incorra em usurpação de competência.

O caso dos autos, efetivamente, trata de matéria manifestamente idêntica à do AI n. 729.263 do

STF. Pouco importa se as razões do recurso que deram ensejo ao julgamento, em caráter definitivo (AI n. 729.263), não se basearam nos mesmos e exatos fundamentos e questões constitucionais do recurso que ora se apresenta (violação ao princípio da isonomia pela aplicação de prazo prescricional diverso).

Isso porque, uma vez que a Corte Suprema decidiu pela inexistência de repercussão geral em demandas de matéria idêntica, não enfrentou efetivamente o mérito da questão constitucional posta em julgamento, não se podendo, assim, avaliar sobre quais argumentos houve juízo de valor pelo STF, porque tal juízo nunca existiu.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal apenas decidiu que, nas causas cujo tema se relaciona a contratos de participação financeira e subscrição de ações de empresa de telefonia, não subsistem “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, segundo a definição legal contida no art. 543-A, § 1º, do CPC, razão pela qual deixou de avaliar ou emitir juízo de valor sobre a discussão referente ao prazo prescricional e ao critério de cálculo do valor patrimonial das ações de telefonia.

A decisão da Corte Suprema é abrangente e aplicável a todos os casos em que houver multiplicidade de recursos sobre um mesmo tema, independentemente da questão constitucional versada nos recursos interpostos, porque tais questões sequer poderiam ser conhecidas, uma vez que estão prejudicadas pela ausência de repercussão geral do tema.

Logo, conclui-se que a matéria versada no recurso extraordinário coincide com a tratada no referido precedente, e falta à admissão do apelo extremo o requisito indispensável de repercussão geral, nos termos do art. 543- B, § 2º, do CPC.

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

Florianópolis, 10 de dezembro de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

CÂMARA DE AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS CONSTITUCIONAIS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 1000227-71.2016.8.24.0000, de Itá

Relator: 3º Vice-Presidente

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELA CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. APELAÇÃO EM AÇÃO INDENIZATÓRIA, PROPOSTA SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O CURSO DE “TECNOLOGIA EM MEIO AMBIENTE COM ÊNFASE EM GESTÃO AMBIENTAL” OFERECIDO PELA UNIVERSIDADE DO CONTESTADO - UNOC NÃO ESTARIA REGISTRADO NO CONSELHO REGIONAL DE ARQUITETURA E ENGENHARIA - CREA, O QUE TERIA CAUSADO PREJUÍZOS AO REQUERENTE, CONSISTENTES NA PERDA DE OPORTUNIDADES DE TRABALHO. POLO PASSIVO INTEGRADO POR FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA *RATIONE PERSONAE* DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DO ATO REGIMENTAL TJ N. 41/2000, NA REDAÇÃO CONFERIDA PELO ATO REGIMENTAL TJ N. 109/2010, VIGENTE À ÉPOCA DA DISTRIBUIÇÃO DO RECURSO. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. CONFLITO ACOLHIDO.

Tendo a distribuição ocorrido antes da modificação operada pelo Ato Regimental TJ n. 135/2016, e “*figurando como parte fundação ‘instituída pelo Poder Público’, a competência recursal, independentemente da matéria, é de uma das Câmaras de Direito Público desta Corte (art. 3º do Ato Regimental n. 41/2000, na redação dada pelo Ato Regimental n. 109/2010).*” (TJSC, Conflito de Competência n. 2014.075318-0, de Lages, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Órgão Especial, j. 03-12-2014).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 1000227-71.2016.8.24.0000, da comarca de Itá Vara Única em que é Suscitante Egrégia Câmara Especial Regional de Chapecó e Suscitado Egrégia Segunda Câmara de Direito Público.

A Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência decidiu, por votação unânime, acolher o conflito negativo suscitado, declarando-se competente a Segunda Câmara de Direito Público para processar e julgar a apelação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 29 de agosto de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Fábio Strecker Schmitt.

Florianópolis, 04 de setembro de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

A Câmara Especial Regional de Chapecó suscitou conflito negativo de competência relativo aos autos da Apelação n. 2014.003168-2, tendo em vista a decisão da Segunda Câmara de Direito Público, que declinou da competência para processar e julgar o aludido recurso.

De acordo com os fundamentos do Juízo Suscitado, *“a matéria em discussão está relacionada à indenização por danos morais e materiais decorrentes de ato praticado por instituição de ensino de direito privado”*, destacando que *“o cerne da questão envolve direito civil”*, sendo, portanto, competente para o conhecimento uma das Câmaras de Direito Civil (fls. 195-198).

A Câmara Suscitante, por sua vez, afirma a competência da Câmara Especializada, justificando que *“a Universidade do Contestado - UnC, não é privada, mas sim uma fundação, consoante informação do próprio site da instituição de ensino”*, o que estaria demonstrado, também, pela documentação acostada aos autos.

Neste pensar, entende, *“em que pese a redistribuição tenha sido determinada em virtude do que dispõe o art. 3º do Regimento Interno n. 41/2000, com as alterações introduzidas pelo Ato Regimental n. 109/2010, é justamente esse o fundamento que atribui a competência de julgamento à Câmara de Direito Público, considerando que uma das partes da demanda é fundação instituída pelo Poder Público (Município).”* (fls. 222-231).

Procedeu-se a intimação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pelo acolhimento do conflito.

Redistribuído o incidente, os autos foram encaminhados à Secretaria desta Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, para oportuna inclusão em pauta, por força do Ato Regimental TJ n. 143, de 05/10/2016, alterado pelo Ato Regimental TJ n. 160, de 21/03/2018.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre a Câmara Especial Regional de Chapecó e a Segunda Câmara de Direito Público, nos autos da Apelação n. 2014.003168-2, interposta pela Fundação Universidade do Contestado Campus de Concórdia contra sentença prolatada na Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais n. 0000058-59.2012.8.24.0124, ajuizada por Márcio Alexandre Lopes perante a Vara Única da comarca de Itá.

O presente incidente preenche os requisitos legais, mormente ao que estabelecem a respeito os artigos 66, 951 e 953, todos do Código de Processo Civil, devendo ser conhecido.

E no que tange à competência deste Órgão Fracionário para dirimir o conflito, encontra fundamento nas disposições do Ato Regimental TJ n. 160, de 21/03/2018, que transferiu a esta Câmara o julgamento dos conflitos de competência antes de atribuição do Órgão Especial desta Corte.

Dito isso, consigno, ainda, a desnecessidade da oitiva dos Juízos em conflito, porquanto suas razões já constam nos autos, possibilitando a exata compreensão da controvérsia.

A propósito, de acordo com a jurisprudência desta Corte, “*não obstante a previsão do art. 954 do Código de Processo Civil vigente, que impõe ao relator do conflito de competência a ‘oitiva dos juízes em conflito ou, se um deles for suscitante, apenas do suscitado’, a manifestação dos Magistrados pode ser dispensada se estiverem presentes elementos que permitam ao julgador apreciar os autos de plano - nesse sentido Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 118003/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23-9-2015 - o que se dá no caso vertente.*” (Conflito de competência n. 0000178-76.2018.8.24.0000, da Capital, rela.: Desa. Rosane Portella Wolff, j. 22-02-2018).

Acerca da matéria, preleciona a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “*Apenas quando o suscitante for o MP ou a parte é que caberá a ouvida dos juízos em conflito. [...] quando suscitado por juiz, já devem existir as manifestações dos juízos em conflito, sendo despicienda a determinação, pelo relator, de sua ouvida no incidente*” (Comentário ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.886).

Feitas tais considerações introdutórias, observa-se que a discussão posta para exame no presente incidente impõe a verificação acerca da competência para processar e julgar a apelação supracitada, interposta contra sentença prolatada na Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais n. 0000058-59.2012.8.24.0124, ajuizada por Márcio Alexandre Lopes em face da Fundação Universidade do Contestado - UnC.

A Segunda Câmara de Direito Público não conheceu do recurso, tendo ordenado a sua redistribuição, justificando, para tanto, que a matéria posta para discussão tem natureza eminentemente civil, não se enquadrando na competência das Câmaras de Direito Público estabelecida pelo Ato Regimental TJ n. 109/2010, porquanto “*está relacionada à indenização por danos morais e materiais decorrentes de ato praticado por instituição de ensino de direito privado*” (fls. 195-198).

A Câmara Especial Regional de Chapecó, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo, defendendo ser competente para o conhecimento da matéria a Câmara Especializada, sob o fundamento de que uma das partes na demanda é fundação instituída pelo Poder Público (fls. 222-231).

A detida leitura dos autos, aliada ao estudo do tema, permite concluir que a suscitação procede.

Isso porque, no que tange à competência das Câmaras de Direito Público deste Tribunal à época da distribuição da Apelação n. 2014.003168-2, ocorrida em 21/01/2014 (fl. 193), eis a redação do art. 3º do Ato Regimental TJ n. 41/2000, com as alterações promovidas pelo Ato Regimental TJ n. 109/2010:

As Câmaras de Direito Público serão competentes para o julgamento dos recursos, ações originárias e ações civis públicas de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público ou autoridades do Estado e de Municípios; dos feitos relacionados com atos que tenham origem em delegação de função ou serviço público, cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas; bem como das ações populares.

§ 1º As causas e os recursos fundados em ações civis públicas que não estejam abrangidas pelo *caput* deste artigo serão distribuídos para os órgãos fracionários que sejam competentes em razão da matéria.

§ 2º Na competência estabelecida neste artigo ficam incluídos os recursos referentes às ações de responsabilidade civil que objetivam a indenização de danos morais e materiais pela prática de ato ilícito relacionado aos serviços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público ou pelas concessionárias de serviço público e as que envolvam outros entes federados. (grifei)

In casu, a ação foi deflagrada contra a Fundação Universidade do Contestado - UnC, que apesar de possuir natureza de pessoa jurídica de direito privado, se trata de uma fundação instituída pelo Poder Público municipal, consoante evidência a documentação constante dos autos, em especial, o respectivo estatuto social às fls. 73-84, do qual extrai-se:

Art. 1º. A Fundação Universidade do Contestado – FUnC é entidade pública, de natureza privada, sem fins lucrativos, com sede na cidade de Mafra, no Estado de Santa Catarina, instituída pela Lei Municipal nº 730, de 4 de novembro de 1971. Inicialmente denominada Fundação Educacional do Norte Catarinense – FUNORTE, e posteriormente Fundação Universidade do Contestado – Campus de Mafra, e sucessora da Fundação Universidade do Contestado – Campus de Canoinhas, constituída pelo Município de Canoinhas, por meio da Lei nº. 954, de 7 de dezembro de 1970; da Fundação Universidade do Contestado – Campus de Concórdia, constituída pelo Município de Concórdia, por meio da Lei nº. 1.392, de 9 de abril de 1976; da Fundação Universidade do Contestado – Campus de Curitibanos, constituída pelo Município de Curitibanos, por meio da Lei nº. 1.229, de 24 de junho de 1976 e da Fundação Universidade do Contestado – Reitoria, criada por estatuto, em 29 de abril de 1994, devidamente registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Caçador, em 10 de maio de 1994, sob o nº. 288, do Livro nº. 2, Letra A, folhas 44 a 45, cujo estatuto foi publicado no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina nº. 14.927, página 27, em 5 de maio de 1994.

Parágrafo Único. A UnC é composta pelos seguintes campi universitários:

- I – Canoinhas;
- II – Concórdia;
- III – Curitibanos;
- IV – Mafra.

Assim sendo, e considerando os termos do normativo acima transcrito, impõe-se reconhecer a competência *ratione personae* das Câmaras de Direito Público, por inteligência do art. 3º do Ato Regimental TJ n. 41/2000, na redação conferida pelo Ato Regimental TJ n. 109/2010, vigente à época da distribuição do recurso.

É certo que, posteriormente, com a edição do Ato Regimental TJ n. 135/2016, a competência das referidas Câmaras Especializadas, sob o enfoque da qualidade da parte, ficou restrita às “*pessoas jurídicas de direito público*”; contudo, por evidência, tal inovação não se aplica à espécie, tendo em vista que não é contemporânea ao cadastramento do reclamo.

A propósito, a competência das Câmaras de Direito Público em casos como o dos presentes autos já foi proclamada por esta egrégia Corte, senão vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA CONTRA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA POR LEI MUNICIPAL. CONTROVÉRSIA ENTRE AS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL E PÚBLICO. ATO REGIMENTAL Nº 41/2000, NA REDAÇÃO DADA

PELO ATO REGIMENTAL Nº 109/2010. INTERPRETAÇÃO ATUAL DAS NORMAS REGIMENTAIS. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DECLARANDO A COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. CONFLITO DESPROVIDO. (Conflito de Competência n. 2015.048261-7, de Araranguá, rel. Des. Rodrigo Collaço, Órgão Especial, j. 16-12-2015).

Na mesma senda:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RITO COMUM ORDINÁRIO MANEJADA EM FACE DA UNIPLAC. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. EXEGESE DO ART. 3º DO ATO REGIMENTAL N. 41/2000 NA REDAÇÃO DADA PELO ATO REGIMENTAL N. 93/2008. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. Nos termos da Lei Complementar Municipal n. 92/1998, de Lages, a “Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense, também denominada de FUNDAÇÃO UNIPLAC, é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída pelo Poder Público Municipal” (grifou-se). Figurando como parte fundação “instituída pelo Poder Público”, a competência recursal, independentemente da matéria, é de uma das Câmaras de Direito Público desta Corte (art. 3º do Ato Regimental n. 41/2000, na redação dada pelo Ato Regimental n. 109/2010). (Conflito de Competência n. 2014.075318-0, de Lages, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Órgão Especial, j. 03-12-2014 - grifo aposto).

Aliás, fartos são os precedentes das aludidas Câmaras analisando o tema que compõe a discussão posta na apelação supracitada, em recursos envolvendo a mesma instituição de ensino e distribuídos na vigência do Ato Regimental TJ n. 109/2010, do que constituem exemplos os julgados a seguir:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM MEIO AMBIENTE COM ÊNFASE EM GESTÃO AMBIENTAL. EXPECTATIVA FRUSTRADA DE OBTER REGISTRO PROFISSIONAL JUNTO AO CREA/SC.

PRESCRIÇÃO. EXEGESE DO ART. 27 DO CDC. TERMO INICIAL. MOMENTO DO CONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO PROFISSIONAL. CARÊNCIA DE PROVAS QUANTO À CIÊNCIA INEQUÍVOCA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL À CONSUMIDORA.

“Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, de um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular: Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento”. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 13. Ed. 2015. V. 1, p. 622. - grifei) [...] (AC n. 0300151-41.2015.8.24.0124, de Itá, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 4-4-2017).

DIVULGAÇÃO DO CURSO COM A PROMESSA DE HABILITAÇÃO, COM REGISTRO NO CONSELHO RESPECTIVO, PARA O EXERCÍCIO NAS ÁREAS DE ENGENHARIA E ARQUITETURA. DESCUMPRIMENTO. VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PROPAGANDA ENGANOSA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. MINORAÇÃO DO QUANTUM. INVIABILIDADE. VERBA ADEQUADAMENTE ESTIPULADA. SENTENÇA PRESERVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Se a Universidade, ao lançar a propaganda do Curso Superior de Tecnologia em Meio Ambiente ou em Gestão Ambiental, afirma que o curso obedece às Resoluções do CREA, e com isso capta a adesão de alunos que, ao se formarem, não conseguem o registro de seu diploma no Órgão da categoria profissional, por falta de cadastro do curso no Conselho, é evidente a ocorrência de dano moral “in re ipsa”, que deve ser indenizado’ (TJSC, AC

n. 2014.003192-9, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.7.14)” (AC n. 0300262-25-2015.8.24.0124, de Itá, rel. Des. Francisco de Oliveira Neto, j. 18-4-2017). (Apelação Cível n. 0300045-79.2015.8.24.0124, de Itá, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 26-06-2018).

RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEMANDA AJUIZADA EM DESFAVOR DA UNIVERSIDADE DO CONTESTADO. PROMOÇÃO DO CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM MEIO AMBIENTE COM ÊNFASE EM GESTÃO AMBIENTAL. OFERECIMENTO E PROMOÇÃO DO CURSO COM A PROMESSA DE HABILITAÇÃO PARA CONSULTORIA E ATUAÇÃO EM ÁREAS DE ENGENHARIA E DE ARQUITETURA, COM REGISTRO NO RESPECTIVO CONSELHO. FATO NÃO CUMPRIDO. EVIDENTE PROPAGANDA ENGANOSA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PELOS DANOS MORAIS CONSTATADO.

“Se a Universidade, ao lançar a propaganda do Curso Superior de Tecnologia em Meio Ambiente ou em Gestão Ambiental, afirma que o curso obedece às Resoluções do CREA, e com isso capta a adesão de alunos que, ao se formarem, não conseguem o registro de seu diploma no Órgão da categoria profissional, por falta de cadastro do curso no Conselho, é evidente a ocorrência de dano moral “in re ipsa”, que deve ser indenizado” (TJSC, AC n. 2014.003192-9, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.7.14).

VALOR INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO DE R\$ 20.000,00 NA ORIGEM. ALMEJADA REDUÇÃO DO *QUANTUM*. INVIABILIDADE. VERBA ARBITRADA EM ATENÇÃO AO SEU CARÁTER REPRESSIVO-PEDAGÓGICO DO DANO MORAL.

O valor da indenização a ser arbitrada deve seguir critérios de razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se efetivo à repreensão do ilícito e à reparação do dano, sem, em contrapartida, constituir enriquecimento ilícito.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0300262-25.2015.8.24.0124, de Itá, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18-04-2017).

Apelação cível. Indenização por danos morais. Universidade do Contestado - Unc. Curso superior em tecnologia em meio ambiente com ênfase em gestão ambiental. Oferecimento do curso com a promessa de habilitação em áreas de engenharia e arquitetura com registro no CREA. Ausência de autorização do registro pelo órgão de classe. Propaganda enganosa. Ato ilícito configurado. Dever de indenizar. Sentença mantida. Precedentes desta Corte. Quantum indenizatório mantido. Recurso desprovido.

Se a Universidade, ao lançar a propaganda do Curso Superior de Tecnologia em Meio Ambiente ou em Gestão Ambiental, afirma que o curso obedece às Resoluções do CREA, e com isso capta a adesão de alunos que, ao se formarem, não conseguem o registro de seu diploma no Órgão da categoria profissional, por falta de cadastro do curso no Conselho, é evidente a ocorrência de dano moral “in re ipsa”, que deve ser indenizado (TJSC, rel. Des. Jaime Ramos). (Apelação Cível n. 0000237-22.2014.8.24.0124, de Itá, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 13-12-2016).

RESPONSABILIDADE CIVIL - UNIVERSIDADE DO CONTESTADO - UNC - CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM MEIO AMBIENTE COM ÊNFASE EM GESTÃO AMBIENTAL DEVIDAMENTE CREDENCIADO NO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO - PROMESSA DE CADASTRO DO CURSO NO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E ARQUITETURA (CREA) - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO DE CLASSE QUE VEM NEGANDO O REGISTRO PROFISSIONAL - EXPECTATIVA DOS EGRESSOS NÃO ALCANÇADA - PROPAGANDA INDEVIDA - ATO ILÍCITO - DEVER DE INDENIZAR - SENTENÇA MANTIDA.

Se a Universidade, ao lançar a propaganda do Curso Superior de Tecnologia em Meio Ambiente ou em Gestão Ambiental, afirma que o curso obedece às Resoluções do CREA, e com isso capta a adesão de alunos que, ao se formarem, não conseguem o registro de seu diploma no Órgão da categoria profissional, por falta de cadastro do curso no Conselho, é evidente a ocorrência de dano moral “in re ipsa”, que deve ser indenizado.

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. (Apelação Cível n. 2014.003192-9, de Itá, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 17-07-2014).

Portanto, diante de tais considerações, impõe-se o reconhecimento da competência da Câmara Especializada.

Ante o exposto, acolhe-se o presente conflito negativo, declarando-se competente para processar e julgar a Apelação Cível n. 2014.003168-2, a Segunda Câmara de Direito Público deste Tribunal.

Este é o voto.

Agravo Interno n. 0000635-45.2011.8.24.0068/50002, de Seara

Relator: Carlos Adilson Silva

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL, SEM ANÁLISE DE MATÉRIAS SUBMETIDAS À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA QUANTO AO RECURSO ADEQUADO. ERRO GROSSEIRO CONFIGURADO. INVIABILIDADE DE ADOÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

“A interposição equivocada de recurso quando há expressa disposição legal e ausente dúvida objetiva, constitui manifesto erro grosseiro. Dessa forma, inaplicável o princípio da fungibilidade [...]” (AgInt no AREsp 1004764/AP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0000635-45.2011.8.24.0068/50002, da comarca de Seara em que é Agravante Departamento Estadual de Infra-Estrutura de Santa Catarina DEINFRA e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 07 de dezembro de 2018, os Exmos. Srs. Des. Stanley da Silva Braga e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2018.

Desembargador Carlos Adilson Silva

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Departamento Estadual de Infra-Estrutura de Santa Catarina DEINFRA interpôs o presente agravo interno contra a decisão da 2ª Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça que, com fundamento nos Enunciados n. 283 e 284 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, não admitiu o Recurso Especial.

Sustentou o recorrente, em síntese, que *“de uma simples leitura da exordial conclui-se que o pronunciamento jurisdicional não se ateve ao pedido da parte autora sendo, por isso, ultra petita, conforme estabelece o art. 492 do CPC”*, nesse rumo, afirmou que *“evidenciado decisão incluindo objeto diverso do que foi demandado, estamos diante de uma nulidade absoluta”*.

Ressaltou, ainda, que *“além de ofensa à previsão legal contida no CPC, conceder indenização ao titular da ação por área não incluída inicialmente na lide constitui enriquecimento sem causa, vedado pelo art. 884 do CC”*, termos em que bradou pelo provimento do recurso (fls. 291-294).

Regularmente intimado, o agravado apresentou contrarrazões, requerendo o não conhecimento do agravo interno, uma vez que não foram impugnados especificamente todos os fundamentos da decisão agravada. Subsidiariamente, pugnou pelo desprovimento do recurso, mantendo-se incólume a decisão objurgada (fls. 302-305).

Este é o relatório.

VOTO

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

No mérito, o recurso não merece ser conhecido. Se não vejamos:

O art. 1.030, inciso do Código de Processo Civil de 2015, determina que:

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

I - negar seguimento:

- a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;
- b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos”.

[...]

III - sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

§ 2º *Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 (grifou-se).*

De outro lado, o art. 1.042 dispõe que “*cabe agravo contra a decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos*”.

Na hipótese, observa-se que o recurso especial não foi admitido com base nos Enunciados n. 283 e 284 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, por analogia, porquanto não foram impugnados

todos os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem como razão de decidir, bem como pela afronta ao princípio da dialeticidade.

Assim, tem-se que a decisão não está fundamentada em orientação firmada em julgamento de recursos repetitivos, de forma que não cabe, no caso, a interposição do agravo interno, disposto no art. 1.021, c/c art. 1.030 § 2º, e sim a do agravo previsto no art. 1.042, ambos do Código de Processo Civil, conforme supramencionado.

Sobre a matéria, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INADMITE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO.

1. A decisão que não admite o recurso extraordinário em razão da incidência da Súmula 281/STF é impugnável por meio de agravo em recurso extraordinário.

2. *A interposição de agravo interno é considerada erro grosseiro, insuscetível de aplicação da fungibilidade recursal, por não mais subsistir dúvida quanto ao único recurso adequado* (art. 1.042 do CPC).

3. O recurso manifestamente incabível ou intempestivo não suspende ou interrompe o prazo para interposição de outro recurso. Precedentes: ARE 813.750 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2016, publicado em 22/11/2016; ARE 823.947 ED, Relator Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, publicado em 19/2/2016; ARE 819.651 ED, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 9/9/2014, publicado em 10/10/2014. Agravo interno não conhecido com determinação de certificação do trânsito em julgado. (AgInt nos EDcl no RE no AREsp 282.033/MG, rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, j. em 04/10/2017).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. NÃO FORNECIMENTO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANOS. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA IMPUGNAR DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCABÍVEL.

I - Para atacar a decisão que inadmite o apelo especial, o recurso cabível é o agravo previsto no art. 1.042 do Código de Processo Civil de 2015. Ressalte-se que a interposição equivocada de recurso quando há expressa disposição legal e ausente dúvida objetiva, constitui manifesto erro grosseiro. Dessa forma, inaplicável o princípio da fungibilidade II - Agravo interno impróvido (AgInt no AREsp 1004764/AP, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 06/06/2017).

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INADMITE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL.

A decisão que não admite o recurso extraordinário ante a incidência da Súmula 279/STF é impugnável por meio de agravo em recurso extraordinário (art. 1.042 do CPC). 2. A interposição de agravo interno é considerada erro grosseiro, insuscetível de aplicação da fungibilidade recursal, por não mais subsistir dúvida quanto ao único recurso adequado. Agravo interno não conhecido. (AgInt nos EDcl no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl no Resp 1251006/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 16/08/2017).

Importante consignar que “o princípio da fungibilidade incide quando preenchidos os seguintes requisitos: a) dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; e c) que o recurso interposto erroneamente tenha sido apresentado no prazo daquele que seria o correto. A

ausência de quaisquer desses pressupostos impossibilita a incidência do princípio em questão” (AgRg no AgRg no AREsp n. 616.226/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/5/2015, DJe 21/5/2015) [...] (AgInt nos EDv nos EAREsp 732.616/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. em 26/10/2016).

Da jurisprudência desta Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, destaca-se:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL, SEM A ANÁLISE DE MATÉRIAS SUBMETIDAS À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA QUANTO AO RECURSO CABÍVEL. ERRO GROSSEIRO CONFIGURADO. INVIABILIDADE DE ADOÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECLAMO NÃO CONHECIDO.

“A interposição equivocada de recurso quando há expressa disposição legal e ausente dúvida objetiva, constitui manifesto erro grosseiro. Dessa forma, inaplicável o princípio da fungibilidade” (STJ, AgInt no AREsp 1004764/AP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 06-06-2017) (Agravo n. 0301157-73.2014.8.24.0074, de Trombudo Central, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais, j. em 28/02/2018).

Assim, tendo em vista que no caso se trata de erro grosseiro - pois há expressa disposição legal e ausente dúvida objetiva - não há como se aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

Ante o exposto, não se conhece do recurso.

Agravo Interno n. 0504637-23.2013.8.24.0038/50001, de Joinville

Relator: 3º Vice-Presidente

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DA CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A DECISÃO TOMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA (TEMAS 24 A 27 E 28). JUROS REMUNERATÓRIOS QUE SUPERAM A TAXA MÉDIA DE MERCADO. ONEROSIDADE EXCESSIVA COMPROVADA À LUZ DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ENCARGOS ABUSIVOS CONSTATADOS NO PERÍODO DA NORMALIDADE CONTRATUAL. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRECEDENTES ADEQUADAMENTE APLICADOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, firmou a orientação no sentido de que 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*” (Temas 24 a 27). Sedimentou, ainda, no mesmo julgamento, que o “*reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora*” (Tema 28) (STJ, Resp n. 1.061.530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0504637-23.2013.8.24.0038/50001, da comarca de Joinville 2ª Vara de Direito Bancário em que é Agravante Omni S/A Crédito Financiamento e Investimento e Agravado Agenor de Freitas Costa.

A Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência decidiu, por votação unânime, negar provimento ao agravo interno e condenar o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 07 de dezembro de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Omni S/A – Crédito, Financiamento e Investimento interpôs o presente agravo interno contra a decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça que, amparada em precedente do Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1.061.530/RS, julgado em 22/10/2008 - Temas 24 a 27 e 28), aplicou a norma do art. 1.030, inciso I, “b”, c/c 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil e, em relação às matérias abordadas no recurso representativo da controvérsia, negou seguimento ao recurso especial, ao fundamento de que os entendimentos adotados no acórdão recorrido coincidem com a orientação da Corte Superior.

O agravante sustenta que a *“decisão combatida entende que o simples fato da taxa efetiva cobrada ser superior à taxa média divulgada pelo BACEN configura-se, por si só, a abusividade”*, contudo, *“tal entendimento não é o proclamado, atualmente, pelo STJ”*; que a *“Súmula 93 do STJ estabelece que ‘em contratos de mútuo celebrados com instituições financeiras, livre é a pactuação dos juros’*; que *“o simples fato de, por exemplo, a taxa de juros remuneratórios estar acima da taxa de mercado, não significa, de imediato, que a taxa seja abusiva”*; que a *“jurisprudência atual tem se manifestado no sentido de admitir a taxa dos juros remuneratórios no percentual pactuado, haja vista a taxa média do BACEN servir apenas de parâmetro e não de limite fixo e imutável para a taxa de juros nos contratos que as mesmas foram livre e espontaneamente fixadas, isso porque “as condições e cláusulas previstas no contrato são decorrentes de ajuste estabelecido livremente entre as partes, devendo ser observado o princípio ‘pacta sunt servanda’”, portanto, “os juros aplicados estão em conformidade com a legislação, não havendo que se falar em abusividade alguma”*.

Por fim, assevera que *“se legais os encargos da normalidade contratos, a reconfiguração da mora é medida que se impõe”*.

Requer, nesses termos, o provimento do agravo, para que seja admitido e, ao final, provido o recurso especial.

Intimada, a parte agravada não apresentou contrarrazões.

Em sede de juízo de retratação (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015), foi mantida a decisão agravada e determinou-se o encaminhamento do agravo interno à Secretaria da Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, para oportuna inclusão em pauta, nos termos do Ato Regimental TJ n. 143, de 05/10/2016, alterado pelo Ato Regimental TJ n. 160, de 21/03/2018.

Após a redistribuição, os autos vieram conclusos.

VOTO

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

Imperativo anotar, *ab initio*, que o art. 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”, do Código de Processo Civil, determina que:

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

I - negar seguimento:

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

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

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

2. O Resp n. 1.061.530/RS, julgado em 22/10/2008, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, aplicado ao caso pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, está assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

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.**

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.**

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convenacionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

- a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;
- b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (Resp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea “a” do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos” (STJ - Resp n. 1.061.530/RS, Relª Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2008, grifou-se).

Extrai-se dos fundamentos do voto, no tocante à abusividade, ou não, da taxa de juros remuneratórios cobrada pelas instituições financeiras:

[...] 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. [...]

Nesses termos, é evidente que *“a circunstância de a taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira exceder a taxa média do mercado não induz, por si só, a conclusão de cobrança abusiva, consistindo a referida taxa em um referencial a ser considerado, e não em um limite que deva ser necessariamente observado pelas instituições financeiras”* (STJ - AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 24/06/2015).

Todavia, é absolutamente perfeita a adequação do referido precedente à espécie, sobretudo porque no acórdão, contra o qual o agravante interpôs recurso especial, à luz das peculiaridades do caso concreto, consignou-se que (fls. 256/259):

[...]

A instituição financeira pugna pela manutenção da taxa de juros contratada, tendo em vista que não demonstrada abusividade em relação à média praticada pelo mercado financeiro.

O nobre magistrado sentenciante fixou a cobrança dos juros remuneratórios em 2,32% ao mês e 30,46% ao ano, taxa que, segundo assentou, corresponderia a uma vez e meia a taxa média de mercado informada pelo Bacen (fl. 212).

No tocante à matéria, o entendimento jurisprudencial atual orienta no sentido de que os juros remuneratórios são limitados à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste Tribunal de Justiça editou alguns enunciados sobre o assunto. Vejam-se:

I - Nos contratos bancários, com exceção das cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não é abusiva a taxa de juros remuneratórios superior a 12 % (doze por cento) ao ano, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do pacto, divulgada pelo Banco Central do Brasil.

IV - Na aplicação da taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, serão observados os princípios da menor onerosidade ao consumidor, da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mesmo sentido são o verbete sumular 648 do Supremo Tribunal Federal (que culminou na edição da Súmula Vinculante 7) e a Súmula 296 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 648 do STF: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

Súmula 296 do STJ: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.

Outrossim, impende mencionar que o Superior Tribunal de Justiça proferiu a Súmula 382, a qual preceitua que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

Acerca do assunto, colhe-se o seguinte julgado daquela Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. IRREGULARIDADE NÃO CONFIGURADA. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ADMISSIBILIDADE. MP 1.963-17/2000. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

4. Quanto aos juros remuneratórios, as instituições financeiras não se sujeitam aos limites impostos pela Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), em consonância com a Súmula 596/STF, sendo inaplicáveis, também, os arts. 406 e 591 do CC/2002. Além disso, a simples estipulação dos juros compensatórios em patamar superior a 12% ao ano não indica abusividade. Para tanto, é necessário estar efetivamente comprovado nos autos a exorbitância das taxas cobradas em relação à taxa média do mercado específica para a operação efetuada, oportunidade na qual a revisão judicial é permitida, pois demonstrados o desequilíbrio contratual do consumidor e a obtenção de lucros excessivos pela instituição financeira. (AgRg no Resp n. 1052866/MS, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 23/11/2010).

Aliás, oportuno registrar excerto do voto da Mina. Nancy Andrighi, prolatado no Resp n. 1061530/RS: “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”.

Sobre a limitação dos juros remuneratórios, já decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL. CONTA CORRENTE. POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONTRATUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. JUROS REMUNERATÓRIOS. APLICAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 530 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E TABELA PRICE. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DE PACTUAÇÃO. COBRANÇA INADMITIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAL MANTIDO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0005356-91.2010.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 03-08-2017).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDAS E ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE DO TIPO CHEQUE ESPECIAL E CONTRATO PARA DESCONTO DE TÍTULOS. 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. JUROS REMUNERATÓRIOS. ENUNCIADO N. I DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. OBSERVÂNCIA, COMO CRITÉRIO PARA A AFERIÇÃO DA ABUSIVIDADE, AINDA QUE NÃO TENHA SIDO INFORMADA A TAXA PRATICADA, DAQUELA QUE É DIVULGADA PELO BANCO CENTRAL COMO SENDO A MÉDIA DE MERCADO, CONTANTO QUE INFERIOR À EXIGIDA. [...]. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJSC, Apelação Cível n. 0004920-36.2012.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Jânio Machado, j. 13-07-2017).(sublinhou-se).

Assim, a questão a ser analisada no tocante à ilegitimidade da cobrança de juros remuneratórios consiste na comparação entre o índice negociado entre as partes e a taxa média à época da assinatura do contrato, devendo ser demonstrada a suposta abusividade e o desequilíbrio contratual em cada caso concreto.

No caso em análise, nota-se que na Cédula de Crédito Bancário n. 1.01582.0000006.12 (fls. 146-149), celebrada em 03/08/2012, os juros foram fixados em 6,5% ao mês e 114,59% ao ano. Em consulta ao site do Banco Central do Brasil, ente governamental que presta informações sobre as operações de crédito praticadas no mercado financeiro, segundo a Circular n. 2.957, de 30/12/1999 (www.bacen.com.br), constata-se, na tabela utilizada como parâmetro para operações dessa espécie (“operações com juros prefixados - aquisição de veículos - pessoa física”), que, ao tempo da contratação, o percentual médio encontrado para a negociação era de 1,57% ao mês e 20,52% ao ano.

Como se pode perceber, a taxa fixada na Cédula de Crédito Bancário supera significativamente a taxa média de mercado divulgada pelo Bacen para operações com juros prefixados - aquisição de veículos - pessoa física.

Sendo assim, verificada a discrepância entre o índice previsto no contrato e o divulgado pelo Bacen, conclui-se pela abusividade daquele, devendo ser mantida a determinação judicial de limitação dos referidos juros à taxa média.

Todavia, considerando que o Togado de origem limitou o encargo em 2,32% ao mês e 30,46% ao ano - correspondente a uma vez e meia a taxa média de mercado por ele aferida - a sentença deve ser mantida incólume, sob pena de incorrer em reformatio in pejus.

[...]

Importa destacar, ademais, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está igualmente

firmada no sentido de que, “*no pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do pacta sunt servanda*” (AgRg no Resp 1422547/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 14/03/2014).

No mesmo sentido:

É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do *pacta sunt servanda* vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual (AgRg no Ag 1394166/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 04/06/2012).

Então, ao contrário do que entende o agravante, o acórdão recorrido está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1.061.530/RS - Temas 24 a 27), de sorte que está absolutamente correto o enquadramento do paradigma ao caso discutido nestes autos.

Em casos análogos, este Tribunal de Justiça já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DO TERCEIRO VICE-PRESIDENTE DESTA TRIBUNAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ESPECIAL (ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC). DISCUSSÃO ENVOLVENDO JUROS REMUNERATÓRIOS. INCIDÊNCIA DOS TEMAS 24 A 27 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENQUADRAMENTO A DESMERECEER CENSURA. AGRAVO DESPROVIDO.

“As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF.

A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02.

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” (Temas 24 a 27 do STJ).

“Se no agravo regimental a parte insiste apenas na tese de mérito já consolidada no julgamento submetido a sistemática do art. 543-C do CPC, e certo que o recurso não lhe trará nenhum proveito do ponto de vista prático, pois, em tal hipótese, já se sabe previamente a solução que será dada ao caso pelo colegiado” (STJ, Questão de Ordem no AgRg no Resp n. 1.025.220/RS, rela. Ministra Eliana Calmon, j. em 25-3-2009) (TJSC - Agravo Regimental n. 0008131-63.2012.8.24.0045/50002, de Palhoça, Rel. Des. Fernando Carioni, julgado em 03/08/2016).

E:

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA PELO 3º VICE-PRESIDENTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL OBSTADO COM FULCRO NO ART. 543-C, §7º, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE QUE A QUESTÃO RELATIVA À ABUSIVIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS NÃO FOI DEVIDAMENTE AVALIADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INSUBSISTÊNCIA. CORRETO ENQUADRAMENTO

DO CASO À ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA CORTE SUPERIOR NO ACÓRDÃO PARADIGMA (RECURSO ESPECIAL N. 1.061.530/RS). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO” (TJSC - Agravo Regimental n. 0311249-69.2014.8.24.0023/50001, Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, julgado em 18/05/2016).

No tocante à configuração da mora, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça, como visto, no mesmo reclamo afeto à sistemática dos recursos repetitivos (Orientação n. 2 - Tema 28), cristalizou o entendimento de que “*o reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora*”.

O acórdão recorrido, em sintonia com essas premissas, deixou assente (fls. 266/267):

[...]

Na sentença, o magistrado descaracterizou a mora com base na Orientação 2 do STJ, tendo em vista a cobrança de encargos abusivos no período da normalidade (juros remuneratórios acima da taxa média de mercado).

Com efeito, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a abusividade dos encargos exigidos no período da normalidade contratual é fator que descaracteriza a mora, consoante firmado na orientação 2, do Resp nº 1.061.530/RS:

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

- a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) 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 (STJ, Resp n. 1.061.530/RS, rel Min. Nancy Andrighi, DJe 10-3-2009).

No entanto, restou assentado nesta Câmara que não basta, por si só, a exigência de encargos abusivos no período da normalidade para descaracterizar a mora, sendo necessária a comprovação do depósito da parte incontroversa da dívida ou de caução idônea.

Para corroborar tal entendimento, extrai-se excerto do acórdão prolatado pelo eminente Des. Ricardo Fontes, relator dos Embargos Infringentes n. 2006.003401-6, de Chapecó, DJ de 22-8-06:

Levando-se em consideração, conforme destacado, que a configuração da mora constitui aspecto inarredável da existência ou não de abusividades cometidas pelo credor, o devedor está obrigado, por lei, quando ponderar injustos os importes exigidos, a promover a consignação, pelo menos, da parcela que reputar legítima, abstraídos os valores tidos por excessivos, sob pena de incorrer em mora em relação àquilo efetivamente devido.

Do exposto, conclui-se que o ajuizamento da ação de revisão contratual e a presença de encargos abusivos não são motivos suficientes para desconfigurar a mora, pois bastaria que o devedor, com intenção em não quitar o contrato firmado, impugnasse judicialmente as cláusulas contratuais para afastar a mora sem suportar as consequências advindas do inadimplemento.

In casu, como registrado pelo próprio apelante, o contrato foi quitado pelo apelado em 07/11/2014, mediante o pagamento de R\$ 32.049,98 (trinta e dois mil, quarenta e nove reais e noventa e oito centavos) (fl. 187), não havendo, portanto, que se falar em mora.

Assim, a descaracterização da mora deve ser mantida, pois, além da presença de encargos abusivos no período da normalidade (juros remuneratórios acima da taxa média de mercado), estão preenchidos os requisitos previstos na orientação exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp n. 1.061.530/RS, julgado como recurso

repetitivo, relativo aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor:

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz (Resp n. 1061530/RS, Rel. Mina. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 22/10/2008).

Dessa forma, com base nos fundamentos expendidos, nega-se provimento ao pedido do recorrente nessa parte e mantém-se a decisão que descaracterizou a mora do apelado e, por consequência, julgou improcedente a ação de busca e apreensão.

[...]

Note-se, então, que a Câmara de Direito Comercial alinhou-se, do mesmo modo, à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Diante desses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

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

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

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

A propósito, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CULPA RECÍPROCA. EQUIPARAÇÃO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-ADA LEI N. 8.036/90. PRECEDENTES DO STJ E STF. ARGUMENTOS

INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo interno e condena-se o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor (art. 1.021, § 5º, do CPC).

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo n. 2017.900096-3, de Videira

Relator: Des. Gerson Cherem II

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE DECISÓRIO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. OFÍCIO DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE VIDEIRA. PLEITO DE AVERBAÇÃO DO ADITIVO À CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE ACOLHIMENTO DA DÚVIDA PARA DETERMINAR QUE AS GARANTIAS HIPOTECÁRIAS OFERTADAS EM ADITAMENTO ÀS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO FOSSEM PASSÍVEIS DE REGISTRO E NÃO AVERBAÇÃO. MUDANÇA SUBSTANCIAL DA AVENÇA ORIGINÁRIA. MODIFICAÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO, PRAZO, TAXA DE JUROS E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO. NOVAÇÃO EVIDENCIADA. EXEGESE DO ART. 360, DO CÓDIGO CIVIL. IMPERATIVIDADE DO REGISTRO DA GARANTIA HIPOTECÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 167, I, “2”, DA LEI N. 6.015/1973 (LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2017.900095-5, da Comarca de Videira em que é recorrente o Banco Bradesco S/A e recorrido Rodrigo Hauser Centa (Oficial de Registro de Imóveis).

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Luiz Neri Oliveira de Souza, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Moacyr de Moraes Lima Filho, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Altamiro de Oliveira e Luiz Zanelato.

Participou como representante do Ministério Público o Dr. Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 08 de outubro de 2018.

Gerson Cherem II

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso administrativo interposto pelo Banco Bradesco S/A contra sentença proferida pelo douto Diretor do Foro da Comarca de Videira que, nos autos da suscitação de dúvida apresentada pelo Oficial Registrador do Ofício de Registro de Imóveis, Sr. Rodrigo Hauser Centa, acolheu a dúvida, nos seguintes termos (fl. 29):

Ante o exposto, ACOELHO a suscitação de dúvida, estabelecendo que as hipotecas ofertadas pelos mutuários nos aditamentos às cédulas de crédito bancário mencionadas nestes autos devem ser registradas, e não averbadas. Com o trânsito em julgado, cumpra-se na forma do art. 203, I, da Lei n. 6015/1973.

Inconformada, a instituição financeira alegou, em síntese, que a suscitação de dúvida iniciara-se em virtude do pedido de averbação de aditamento à cédula de crédito bancário na matrícula imobiliária n. 11.923, do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Videira, por ter o Oficial considerado que ocorreria novação. Sustentou que o débito permaneceria nas bases originais, conforme o pacto principal, servindo o aditamento para prorrogar o vencimento das parcelas, com a conseqüente mudança de seu valor, decorrente dos juros prefixados para evitar a inadimplência. Assim, não se fariam presentes os requisitos da novação, diante da ausência do ânimo de novar. Aduziu que a doutrina não admitiria dúvida quanto ao *animus novandi*, considerado inexistente diante da incerteza do elemento volitivo. Por fim, concluiu que não houve novação, mas apenas um aditivo contratual com ampliação de prazo para pagamento e manutenção da garantia hipotecária original, requerendo a reforma do decisório para rejeitar a suscitação de dúvida (fls. 32/37).

Com as contrarrazões (fls. 51v/55v), o feito foi remetido à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Onofre José Carvalho Agostini, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento da insurgência (fls. 60/62).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais, conhece-se do recurso.

A casa bancária visa à reforma da decisão que acolheu a suscitação de dúvida e determinou o registro da garantia hipotecária oferecida pelo devedor em aditamento à cédula de crédito bancário, por tratar-se de verdadeira novação.

Argumenta que o débito subsiste em seus termos originais, consoante a avença principal, prestando-se o aditamento para protrair o vencimento das prestações, com a conseqüente alteração do montante, por força dos juros prefixados, a fim de obstar o descumprimento contratual. Desta forma, no entender do credor, não se fazem presentes os pressupostos da novação, diante da falta do *animus novandi*, o qual não admite dúvidas, tampouco presunção.

Melhor sorte não lhe socorre.

A celeuma adstringe-se à caracterização ou não da novação por meio do aditamento à cédula de crédito bancário.

Sobre o instituto, o Código Civil disciplina:

Art. 360. Dá-se a novação:

- I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;
- II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

A doutrina explicita:

A novação corresponde a meio liberatório singular, a modo especial de extinguir-se a obrigação. Chega-se a compará-la a um pagamento fictício. Define-se como a conversão de uma dívida por outra, para extinguir a primeira. É a substituição de uma dívida em outra, eliminando-se a precedente. Desparece a primeira, e, em seu lugar, surge nova. Esse o seu conteúdo essencial, aliás, duplo: um extintivo, referente à obrigação antiga; outro gerador, relativo à obrigação nova. Não existe, pois, tão somente, uma transformação; o fenômeno é mais complexo, abrangendo a criação de nova obrigação, que se substituiu à antiga. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil, vol. 4: direito das obrigações, 1ª parte*. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 332).

Anota Silvio de Salvo Venosa:

A novação é a operação jurídica por meio da qual uma obrigação nova substitui a obrigação originária. O credor e o devedor, ou apenas o credor, dão por extinta a obrigação e criam outra. A existência dessa nova obrigação é condição de extinção da anterior. (Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 262).

Na espécie, restou incontroverso que o Banco Bradesco S/A firmou uma cédula de crédito bancário com Hélio Ferronato, tendo a garantia hipotecária sido registrada na matrícula n. 11.923, do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Videira/SC. O bem foi avaliado àquela época em R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), no intuito de resguardar a dívida de R\$ 13.388,00 (treze mil, trezentos e oitenta e oito reais), cujo prazo ajustado da parcela única era no dia 30.03.2017, com juros de 8,75% ao ano.

Posteriormente, a instituição financeira e o mutuário assinaram o instrumento denominado “Aditamento à Cédula de Crédito Bancário” (fls. 15/18), por meio do qual efetuaram a consolidação e renegociação do saldo devedor, passando a ser de R\$ 14.626,00 (quatorze mil, seiscentos e vinte e seis reais), acrescidos de juros remuneratórios anuais de 19,56% e atualização monetária pela TR. Ajustou-se, ainda, o pagamento em duas parcelas iguais e anuais, com vencimentos em 08.05.2018 e 08.05.2019 (fls. 15/18).

Do exame da cadeia negocial, evidencia-se a ocorrência da novação, nos termos do art. 360, inciso I, do Código Civil.

Aponta a doutrina os requisitos caracterizadores do instituto:

Para que se dê a novação exigem-se os seguintes requisitos: a) existência de obrigação anterior, que se extingue com a constituição de nova, que a substitui (*obligatio novanda*); b) criação dessa nova obrigação, em substituição à anterior, que se extingue (*aliquid novi*); c) intenção de novar (*animus novandi*). (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil, vol. 4: direito das obrigações, 1ª parte*. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335)

Há prova da obrigação primitiva e da atual, emergindo o *animus novandi* das partes, consubstanciado na contratação de contrato de mútuo bancário, com alteração de prazo para pagamento da dívida, modificação dos encargos e reavaliação do imóvel dado em hipoteca, ou seja, em termos substancialmente diferentes da primeira avença. Em decorrência, inexistem dúvidas acerca da novação.

Como bem ponderou o ilustre Procurador, Dr. Onofre José Carvalho Agostini (fls. 63/64):

[...] em que pese a tese defendida nas razões de recurso, o caso em tela traduz hipótese de evidente novação, não havendo qualquer dúvida de que a prorrogação do vencimento, a alteração dos valores, forma e condições de pagamento, configuram um novo negócio jurídico. Logo, deve ser o aditivo objeto de registro em sentido estrito, e não por ato de averbação, como pretendido pela parte apelante.

[...]

É o caso dos autos, já que evidenciado que houve modificação do negócio jurídico inicialmente firmado, com a repactuação dos valores, alteração dos prazos de pagamento, taxas de juros e forma de pagamento, de acordo com a peça inicial do presente feito.

Neste contexto, inviável o acolhimento da insurgência recursal, de maneira que se torna necessária a constituição e registro de nova garantia referente ao negócio repactuado. (Fl. 61).

Outrossim, some-se a referidos argumentos a necessidade de resguardar a continuidade registral, por meio do cancelamento da garantia registrada nas condições da cédula de crédito bancário original e do registro da nova hipoteca, consoantes seus novos termos, conforme preceitua o art. 167, I, “2”, da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

Valho-me do precedente colacionado pelo Ilustre representante do Órgão Ministerial, extraído do acervo da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 61/62):

REGISTRO DE IMÓVEIS – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. REGISTRO NEGADO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3) Alteração do valor principal da dívida, seus encargos, e forma de pagamento caracterizam evidente novação, na forma do art. 360, 1, do CC. Não se trata de mero aditamento do contrato anterior, ou de singela prorrogação de prazo de vencimento, de tal modo que inaplicáveis os arts. 12 e 13 do Decreto-Lei 167/67. Não se há falar, pois, em averbação. Necessidade de prévio cancelamento do registro do contrato originário, para que o novo pacto seja, por sua vez, registrado (Recurso Administrativo n. 0000243-90.2016.8.26.0257, j. em 11.07.2017).

Do mesmo órgão, também:

Registro de Imóveis - Averbação - Aditamento de cédula de crédito bancário por instrumento particular - Possibilidade, na forma do artigo 29, § 4º, da Lei n. 10.931/04 - Necessidade, contudo, no caso concreto, dada a novação, de registro em sentido estrito - Alteração de elementos essenciais do negócio - Precedentes dessa Corregedoria Geral da Justiça - Parecer pelo não provimento do recurso. (Recurso Administrativo n. 0001131-55.2017.8.24.0344, rel. Des. Pereira Calças, j. em 06.06.2017).

REGISTRO DE IMÓVEIS - Aditamento de Cédula de Crédito Bancário com alienação fiduciária - Título que representa novo negócio jurídico fiduciário, uma vez que altera forma de pagamento, taxa de juros e condições de pagamento, caracterizando inegável novação - Necessidade de registro, com cancelamento do registro anterior - Cobrança de emolumentos em acordo com o registro das novas garantias - Recurso não provido (Recurso Administrativo n. 2015/31763, rel. Des. Hamilton Elliot Akel, j. em 30.03.2015).

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

É como voto.

Recurso Administrativo n. 2018.900013-3, de Ibirama

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL URBANO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA DÚVIDA.

RECURSO DO SUSCITADO. ALEGAÇÃO DE QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DO PLEITO DE DESMEMBRAMENTO DO IMÓVEL, UMA VEZ QUE NÃO HOUVE PROLONGAMENTO DA VIA PÚBLICA, MAS, APENAS, A SUA PAVIMENTAÇÃO.

ALEGAÇÃO PROCEDENTE. COMPROVAÇÃO DE QUE A VIA PÚBLICA JÁ EXISTIA E FOI APENAS PAVIMENTADA. PARCELAMENTO DO SOLO NA MODALIDADE DE DESMEMBRAMENTO VIÁVEL. EXEGESE DO ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 6.766/79. SENTENÇA REFORMADA.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2018.900013-3, da comarca de Ibirama, em que é recorrente Ronaldo Jedliczka.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Altamiro de Oliveira, Luiz Zanelato, Gerson Cherem II, Denise de Souza Luiz Francoski, Luiz Neri Oliveira de Souza, Hélio David Vieira Figueira dos Santos e Henry Petry Junior.

Florianópolis, 12 de novembro de 2018.

Roberto Lucas Pacheco

Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Ibirama, o Oficial do Registro de Imóveis (Hermano Soar), a pedido de Ronaldo Jedliczka, protocolou suscitação de dúvida, na forma do art. 198 e seguintes da Lei n. 6.015/73, em virtude da discordância por parte do interessado em relação à negativa de parcelamento do solo urbano na modalidade de desmembramento do imóvel de sua propriedade, matriculado na serventia sob n. 20.461.

O Ministério Público manifestou-se pela improcedência da dúvida suscitada (fls. 93 e 94).

O magistrado *a quo* julgou improcedente a dúvida formulada pelo interessado, mantendo a negativa de parcelamento do solo conforme requerido (fls. 95 e 96).

Não resignado, Ronaldo Jedliczka interpôs recurso de apelação. Em suas razões sustentou, em síntese, que preenche os requisitos legais para que o seu pedido de parcelamento do solo seja deferido, uma vez que cumpriu todas as exigências solicitadas pelo órgão ministerial, e que não há provas de estar se eximindo de cumprir as normas relativas ao procedimento de loteamento, havendo, apenas, meras presunções. Afirmou, ainda, que a rua Adolfo Fiedler foi equivocadamente delimitada no ano de 1980, tendo sido redimensionada pela Lei municipal n. 2.626/12, não tendo, portanto, sido prolongada, mas, apenas, efetuada a sua pavimentação (fls. 99 a 111).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva, que opinou pelo não provimento do recurso (fls. 119 a 122).

Os autos foram distribuídos à Quarta Câmara de Direito Cível, a qual decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos a este Conselho da Magistratura (acórdão de fls. 130 a 134).

É o relatório.

VOTO

O recurso interposto merece provimento.

A Lei n. 6.766/79 faz distinção entre loteamento e desmembramento, formas de parcelamento do solo urbano, conforme previsão contida no art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, *verbis*:

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º - considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

No caso *sub judice*, o apelante requereu junto ao Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Ibirama o desmembramento de um imóvel, anexando os documentos que entendeu necessários para o seu deferimento.

Contudo, pelo ofício n. 007/2016 (fls. 63 e 64), o oficial registrador informou que “Revendo os registros de origem da matrícula n. 20.461 verifiquei que houve irregular prolongamento da Rua Adolfo Fiedler” e, em amparo a sua informação, anexou os documentos de fls. 64 a 68.

Em face das informações contidas nos referidos documentos, o magistrado *a quo* concluiu que, ao contrário do alegado pelo apelante, a rua que dá acesso ao imóvel em relação ao qual se pretende o desmembramento, realmente, foi prolongada, fato esse impeditivo do parcelamento naquela modalidade.

Todavia, ainda que evidenciada a realização de obras de terraplanagem no local, situação

corroborada pelas imagens de satélites dos anos de 2008, 2011 e 2014 (fls. 66 a 68), ensejando a conclusão de que foi realizado prolongamento na rua Adolfo Fiedler (fls. 64 e 65), não se pode olvidar que a Lei municipal n. 974/80, com a posterior edição da Lei municipal n. 2.926/12, definiu a extensão da referida rua, convalidando as assertivas do recorrente, de que apenas pavimentou o logradouro instituído pelo município.

Veja-se o texto da norma municipal (Lei n. 2.926/12), no que interessa: “**Rua Adolfo Fiedler.** A Rua tem início no lado ímpar da Rua 15 de Novembro até a propriedade de Ronaldo Jedliczka e Carin Jedliczka. Com dimensão de 575,13 metros. Localizada no Bairro Centro”.

Observe-se que a extensão da rua indicada na lei confere com a que consta na planta anexada pelo recorrente (fl. 166).

Por outro lado, o Ministério Público aduz que a ampliação da referida rua, pela municipalidade, poderia derivar de intenção de exclusivamente favorecer o recorrente, em razão de não vislumbrar, a princípio, qualquer utilidade pública no prolongamento da referida via (fl. 69v).

Com todas as vênias, essa presunção não pode prejudicar o legítimo direito do interessado. Cabe ao próprio Ministério Público tomar as medidas legais para a responsabilização administrativa, civil e penal dos envolvidos. Até que tal aconteça, contudo, não se pode obstar o registro do desmembramento pretendido.

Portanto, não havendo a abertura de ruas ou o prolongamento daquela existente, mostra-se viável o registro do parcelamento do solo urbano na modalidade de desmembramento do imóvel de propriedade do apelante, matriculado na serventia sob n. 20.461.

À vista do exposto, o recurso deve ser provido.

É como voto.

Apelação n. 2017.900071-8, de São Joaquim.

Relator: Des. Luiz Zanelato

APELAÇÃO (ARTIGO 202 DA LEI Nº 6.015/73). PROCEDIMENTO DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA REGISTRAL. SENTENÇA QUE DECLAROU A IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO DE INCORPORAÇÃO DE EMPREENDIMENTO COMO CONDOMÍNIO DE LOTES.

RECURSO DE INTERESSADO.

SUPERVENIENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE, ADEQUANDO O DIREITO À REALIDADE DOS FATOS, INTRODUZIU NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO MODALIDADE ESPECÍFICA DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO, DENOMINADA CONDOMÍNIO DE LOTES. LEI N. 13.465, DE 11 DE JULHO DE 2017, QUE INTRODUZIU O ARTIGO 1.358-A NO CÓDIGO CIVIL E, MODERNOS DISPOSITIVOS NA LEI N. 6.766/79, AMPLIANDO A REGULAÇÃO EXISTENTE NA LEGISLAÇÃO SOBRE LOTEAMENTO URBANO.

NOVA CIRCUNSTÂNCIA DE DIREITO A INFLUIR DIRETAMENTE NO JULGAMENTO DA CAUSA. EXEGESE DO ARTIGO 493 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

PERECIMENTO DA DÚVIDA LEVANTADA. AFASTAMENTO DE ÓBICE À REGULARIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO NO CASO CONCRETO.

1. O processo precisa de algum tempo para ser resolvido e de que o inexorável passar do tempo pode fazer com que as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o litígio sejam alteradas. Partindo dessa premissa, o legislador determina que tais alterações sejam levadas em consideração pelo magistrado no momento de proferir a decisão, haja vista o potencial que têm de influenciar no seu conteúdo. O art. 493 consagra a máxima segundo a qual a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do julgamento da demanda, e não aquele que existia quando da sua propositura (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al.* Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: JusPODIUM, 2018, p. 461).

2. O condomínio de lotes é uma modalidade específica de condomínio edilício e “o que lhe singulariza é a contemplação de partes comuns, não previstas na legislação anterior, no interesse de todos os titulares, para além dos lotes individuais e das partes destinadas ao domínio público (ruas, praças, implementos urbanos). O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo, segundo o padrão tradicional de loteamento, ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes. As partes comuns não integram o domínio público destinado pelo empreendimento, sendo destinadas ao uso dos titulares dos lotes, em comum. (LÔBO, Paulo. Direito Civil – Coisas. São Paulo: Saraiva Jur. 2018, p. 265-266).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Decisão n. 2017.900071-8, em que é recorrente Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda. e, recorrida Juliana Rodrigues, Oficial Interina do Registro de Imóveis da comarca de São Joaquim.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso e reformar a sentença nos termos do voto do relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador

Rodrigo Collaço, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz Zanelato, relator, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargador Henry Petry Júnior, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Desembargador Carlos Adilson Silva, Desembargador Altamiro de Oliveira, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski, Desembargador Artur Jenichen Filho, Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza e Desembargador Hélio David Vieira Figueira dos Santos.

Florianópolis, 12 de novembro de 2018.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

Juliana Rodrigues, oficial interina do Registro Geral de Imóveis da comarca de São Joaquim, apresentou suscitação de dúvida, com fundamento no artigo 198 da Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015, de 31-12-1973, perante o juízo da 1ª Vara da comarca de São Joaquim, acerca da legalidade e da possibilidade de registro de incorporação do empreendimento denominado Condomínio Residencial Terroir Villaggio, na modalidade condomínio horizontal de lotes, requerido pela sociedade empresária Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Aduziu, a registradora suscitante, em suma, que (a) Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda formulou pedido de registro de incorporação de empreendimento imobiliário, na modalidade condomínio horizontal de lotes, com base na Lei n. 4.591/64, que dispõe sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, bem como no art. 3º do Decreto n. 271/67, que dispõe sobre loteamento urbano; (b) instado a manifestar-se, o representante do Ministério Público deu parecer pelo indeferimento do pedido, sob o fundamento de que, ao caso, é aplicável a Lei n. 6.766/79, que tutela o parcelamento do solo urbano, a qual não prevê a possibilidade de registro de condomínios horizontais sem que os lotes possuam efetiva edificação; (c) por conta disso, entendeu por bem negar provisoriamente o registro pleiteado pela empresa imobiliária, todavia, diante do inconformismo da requerente, encaminhou suscitação de dúvida ao juízo competente.

Autuado o procedimento, recebeu em juízo o n. 0000980-84.2015.8.24.0063, nele vindo a intervir a interessada Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda, mediante petição de fls. 276-278, em que, ao ratificar a suscitação de dúvida apresentada pela Registradora de São Joaquim, defende a legalidade do instituto do condomínio horizontal de lotes no território catarinense à luz da Lei 4.591/64 e do Decreto 271/67, inclusive cita em prol o Parecer CGJ 0178/2006, que autoriza o ordenamento urbano com a implantação de condomínio de lotes, e culmina por requerer seja julgada procedente a suscitação de dúvida para o fim de autorizar a Registradora de Imóveis de São Joaquim a analisar a documentação protocolada e realizar a posterior incorporação do empreendimento Condomínio Residencial Terroir Villaggio, no município de São Joaquim.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, representado pelo Promotor de Justiça Gilberto

Assink de Souza, emitiu parecer opinando pela procedência da dúvida levantada, para indeferir-se o pedido de registro de incorporação do empreendimento imobiliário em questão, na modalidade de condomínio horizontal de lotes (fls. 284-302).

Na continuação, o juiz de direito Ronaldo Denardi exarou sentença dirimindo a dúvida suscitada, nestes termos:

Trata-se de Suscitação de Dúvida encaminhada a este Juízo pela Sra. Juliana Rodrigues, Oficial Registradora Interventora do Ofício de Registro de Imóveis de São Joaquim-SC, com base no art. 198, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), diante da inconformidade dos apresentantes Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários LTDA, representado por Roberto Luiz Gonzaga Sampaio e Sérgio Augusto Sampaio, às exigências feitas para o registro e incorporação de seu empreendimento imobiliário.

A exordial de fls. 01/04 veio instruída com os documentos de fls.06/273, na qual a Sra. Oficial Registradora, em síntese, alega que, no dia 05 de dezembro de 2014, foi protocolado e requerido naquela Serventia Registral, sob a prenotação de nº 58.205, pedido de registro e incorporação do empreendimento “Condomínio Residencial Terroir Vilaggio”, no imóvel de matrícula 13.277, fls. 016, do livro 2-CS do Registro Geral de Imóveis da Comarca de São Joaquim.

Considerando que o requerimento principal trata-se de parcelamento de solo, ante a disposição da circular nº 75/2009, da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina e pelas previsões legais contidas nas leis específicas nº 4.591/64 e nº 6.766/79, a Oficial Interventora encaminhou os documentos ao representante do Ministério Público para análise e parecer prévio.

No primeiro parecer (fls. 244/248), o Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido de registro, alegando que os apresentantes não cumprem os requisitos legais, contidos na Lei nº 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo).

Em resposta (fls. 18/25), em apertada síntese, os apresentantes prestaram esclarecimentos, alegando que o empreendimento trata de condomínio de lotes e que tem amparo legal pela fusão do Decreto-Lei nº 271/67 e da Lei nº 4.591/64, requerendo, outrossim, a adoção do entendimento do processo nº 0178/2006, da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, além do afastamento da aplicação da Lei nº 6.766/79 ao presente empreendimento.

Em um segundo parecer (fls. 06/17), o Douto Promotor de Justiça, manteve sua posição a respeito, ante a inobservância total da Lei 6.799/79. Daí é que os apresentantes suscitaram a dúvida para este Juízo.

Já nos presentes autos, os interessados apresentaram esclarecimentos (fls. 276/279), nos termos das primeiras alegações prestadas no procedimento extrajudicial.

Dada vista ao Ministério Público, este, repisou seus argumentos já lançados no procedimento extrajudicial (fls. 284/302), além de reportar-se a precedentes jurisprudenciais pertinentes à tese (fls. 303/339). Vieram os autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO.

PASSO A DECIDIR.

Os presentes autos consistem em Suscitação de Dúvida encaminhada a este Juízo pela Sra. Juliana Rodrigues, Oficial Registradora Interventora do Ofício de Registro de Imóveis de São Joaquim-SC, com base no art. 198, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), ante a inconformidade das exigências feitas na prenotação de nº 58.205, para registro e incorporação do empreendimento “Condomínio Residencial Terroir Villaggio”, da empresa Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda., representados por Roberto Luiz Gonzaga

Sampaio e Sérgio Augusto Gonzaga Sampaio. Os interessados pretendem realizar o registro e incorporação de seu empreendimento junto a matrícula nº 13.277, fls. 016, do livro 2-CS do Registro Geral de Imóveis da Comarca de São Joaquim.

O empreendimento consiste na utilização da área total do imóvel, qual seja, 47.400,81 m² (quarenta e sete mil e quatrocentos metros quadrados e oitenta e uma centésimas), para a construção de condomínio de lotes, com a subdivisão em 85 (oitenta e cinco) lotes de diversas dimensões, mais benfeitorias de utilização comum, formulado o projeto com base na Lei nº 4.591/64 (Lei dos Condomínios e Incorporações Imobiliárias) e com aprovação administrativa do Município.

Alegam os apresentantes ser possível a adoção do instituto de condomínio de lotes com base na interpretação conjunta do art. 8º, da Lei nº 4.591/94 e do art. 3º, do Decreto-Lei nº 271/67, somado ao que foi decidido no processo nº 0178/2006 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Por seu turno, o Ministério Público sustenta ser impossível a adoção do instituto de condomínio de lotes, conhecido também como condomínio horizontal de lotes, dado que, para o parcelamento do solo, deve ser adotada a sistemática da Lei 6.766/79, consistente em loteamentos ou desdobramentos, ou a adoção dos condomínios, nos termos específicos da Lei 4.591/94, consistentes em lotes e edificações, alegando não existir legislação que autorize a figura mista de condomínio de lotes.

[...]

Assim, conclui-se pela inviabilidade do instituto de condomínio fechado de lotes, uma vez que não possui, em qualquer esfera, amparo jurídico.

Isso posto, resolvo a dúvida apresentada a este Juízo pela Oficial Registradora Interventora do Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de São Joaquim (SC) declarando a impossibilidade de efetivação do registro e incorporação do empreendimento “Condomínio Residencial Terroir Villaggio”, da empresa Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda., representados por Roberto Luiz Gonzaga Sampaio e Sérgio Augusto Gonzaga Sampaio, junto a matrícula nº 13.277, fls. 016, do livro 2-CS do Registro Geral de Imóveis da Comarca de São Joaquim, pelos fundamentos acima expostos. Transitada em julgado, cumpra-se o disposto no artigo 203, inciso I, da Lei dos Registros Públicos. Sem custas. P. R. I. (fls. 340-351).

Inconformada com o julgamento, a interessada Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpôs recurso de apelação, com apoio no art. 202 da Lei n. 6.015/73.

Em suas razões, sustenta a recorrente, em síntese, estes pontos: (a) não quer ela o registro e incorporação de seu empreendimento na modalidade de loteamento regido pela Lei n. 6.766/79, mas, sim, como condomínio horizontal lotes; (b) a sentença desconsiderou, em sua análise, o Decreto n. 271/67 e o Processo n 0178/2006, da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina; (c) o município de São Joaquim e a Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA - aprovaram a implantação do empreendimento; (d) o condomínio de lotes não fere a função social da propriedade e não prejudica o desenvolvimento das cidades, sendo que a conjugação do art. 8º da Lei n. 4.591/64 e do art. 3º do Decreto n. 271/67 dão respaldo ao pedido de registro; (e) o condomínio de lotes é um fato social, sem possibilidade de retrocesso, com vários exemplos pelo país (fls. 352-361).

Em contrarrazões, o representante do Ministério Público na comarca de São Joaquim defendeu o desprovimento do recurso, com a manutenção da decisão de origem (fls. 370-386).

Nesta instância, distribuído o recurso à Sexta Câmara de Direito Civil (fl. 390), abriu-se vista

à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por intermédio do douto Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso de apelação, mantendo-se a sentença recorrida (fls. 394-400).

Por decisão colegiada, a Sexta Câmara de Direito Civil declinou da competência, sob o fundamento de se tratar de recurso administrativo sujeito à análise do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina e não daquele órgão fracionário (fls. 431-436).

A seu turno, o Conselho da Magistratura Catarinense, por decisão tomada em 11-12-2017, em acórdão de lavra do Exmo. Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, deliberou por suscitar conflito negativo de competência, por entender tratar-se o recurso de competência das Câmaras de Direito Civil (fls. 479-491).

Às fls. 503-506, a imobiliária recorrente formulou pedido de tutela de urgência.

Redistribuído o recurso à Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, determinou o respectivo relator a designação de membro do Conselho da Magistratura para resolver, em caráter provisório, acerca da medida de urgência pleiteada (fl. 513), na forma do art. 955 do CPC.

Pela decisão monocrática de fls. 516-520, foi indeferido o pedido de tutela provisória de urgência, considerado o perigo de irreversibilidade da medida.

Volvidos os autos à Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência para julgamento do conflito negativo de competência entre órgãos deste Tribunal, foi declarada a competência do Conselho da Magistratura para processar e julgar o presente recurso de apelação (fls. 576- 534)

Os autos vieram conclusos a este conselheiro.

É o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

A apelação foi interposta de sentença prolatada em 22-07-2016, portanto, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, de sorte que os juízos de admissibilidade e de mérito, bem como o processamento do recurso realizam-se à luz da nova legislação processual.

De plano, verifica-se que a apelação é o recurso cabível na espécie (art. 202 da Lei n. 6.015/73), o recorrente está legitimado e possui interesse recursal, o recurso apresenta-se tempestivo (fl. 365), formalmente regular e acompanhado de comprovante de recolhimento do preparo (fls. 362-363), inexistindo fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Assim, por presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso, que passa a ser analisado.

2. Fundamentação

Na espécie, cuida-se de procedimento de suscitação de dúvida registral, com fundamento nos artigos 198 e seguintes da Lei n. 6.015, de 31-12-1973, que, na tradução de Walter Ceneviva, “é o pedido de natureza administrativa formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante do título, para que o juiz competente decida sobre a legitimidade de exigência feita, como condição de registro pretendido” (*Lei dos Registros Públicos Comentada*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 455).

Na sentença impugnada, o magistrado *a quo*, ao resolver a dúvida suscitada pela Oficial Registradora Interina no Registro Geral de Imóveis da comarca de São Joaquim, declarou “a impossibilidade de efetivação do registro e incorporação do empreendimento ‘Condomínio Residencial Terroir Villaggio’, da empresa Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda., representados por Roberto Luiz Gonzaga Sampaio e Sérgio Augusto Gonzaga Sampaio, junto a matrícula nº 13.277, fls. 016, do livro 2-CS do Registro Geral de Imóveis da Comarca de São Joaquim” (fls. 340-350).

Para chegar a essa conclusão, apoiou-se nos fundamentos assim sintetizados: (i) a espécie de parcelamento do solo urbano pretendido não tem base jurídica que lhe dê sustentação, pois não está de acordo com os limites impostos pela Lei nº 9.766/79); (ii) a eventual aceitação do “condomínio de lotes” implicaria no desrespeito à Lei do Parcelamento do Solo, que atualmente regulamenta todas as modalidades de divisão do solo; (iii) os condomínios horizontais têm regramento na Lei nº 4.591/64, a qual estabelece que, para sua caracterização, é necessária a existência de edificações construídas ou em construção (art. 1) ou, ao menos, de plano para sua construção, aprovado pela autoridade administrativa competente (art. 8), não bastando apenas a existência de terrenos meramente destinados à habitação, como ocorre com os loteamentos ou desdobramentos de que trata a Lei n. 6.766/79.

A controvérsia recursal, portanto, cinge-se em dirimir se, de fato, não há base legal para a incorporação e o registro imobiliários pretendidos pela empresa imobiliária apelante, inconformada com a resolução do mérito da questão dada pelo juízo da origem.

A princípio, cabe reconhecer que, durante muito tempo, a questão foi objeto de intensos debates doutrinários e na jurisprudência, em sua maioria repudiando o então chamado condomínio horizontal de lotes, por considerá-lo incompatível com a legislação que regulava a matéria, notadamente a Lei n. 6.766/79, que disciplina o parcelamento urbano.

Entretanto, a discussão serenou, deixando de subsistir com a superveniente inovação legislativa ditada pela Lei Federal n. 13.465, de 11-07-2017, que inseriu o artigo 1.358-A no Código Civil, e introduziu modernos dispositivos na Lei n. 6.766/79, ampliando a regulação existente sobre o loteamento urbano e, desta forma, adequando o direito à realidade dos fatos.

É como se pode conferir:

Seção IV

Do Condomínio de Lotes

(Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 1.358-A. **Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes**

que são propriedade comum dos condôminos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) [grifou-se]

§ 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º **Aplica-se, no que couber, ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística.** (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) [grifou-se]

§ 3º Para **fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor.** (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) [grifou-se]

A despeito de a suscitação de dúvida registral tratar-se de procedimento de jurisdição voluntária, isto é, de natureza administrativa, aplica-se-lhe o disposto no artigo 493 do Código de Processo Civil, segundo o qual “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”.

Com efeito, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira asseveram que o dispositivo é “digno de aplauso, porque parte da correta premissa de que o processo precisa de algum tempo para ser resolvido e de que o inexorável passar do tempo pode fazer com que as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o litígio sejam alteradas. Partindo dessa premissa, o legislador determina que tais alterações sejam levadas em consideração pelo magistrado no momento de proferir a decisão, haja vista o potencial que têm de influenciar no seu conteúdo. O art. 493 consagra a máxima segundo a qual a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do julgamento da demanda, e não aquele que existia quando da sua propositura (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: JusPODIUM, 2018, p. 461).

Como se disse, a Lei n 13.465/2017, suprimindo vazio legislativo, veio regulamentar o condomínio de lotes, acrescentando, além do artigo 1.358-A ao Código Civil já citado anteriormente, os artigos 2º, § 7º e 4º, § 4º, ambos à Lei n 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

[...]

§ 7º **O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes** (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) [grifou-se]

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

[...]

§ 4º **No caso de lotes integrantes de condomínio de lotes, poderão ser instituídas limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros.** (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) [grifou-se]

Na lição do notável doutrinador civilista Paulo Lôbo, o condomínio de lotes é uma modalidade específica de condomínio edilício e “o que lhe singulariza é a contemplação de partes comuns, não

previstas na legislação anterior, no interesse de todos os titulares, para além dos lotes individuais e das partes destinadas ao domínio público (ruas, praças, implementos urbanos). O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autónomo, segundo o padrão tradicional de loteamento, ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes. As partes comuns não integram o domínio público destinado pelo empreendimento, sendo destinadas ao uso dos titulares dos lotes, em comum. [...]. Na hipótese de incorporação imobiliária, toda a infraestrutura necessária para a implantação das partes comuns ficará a cargo do empreendedor, por força de lei. Essa regra é cogente, incorporada ao valor global do empreendimento, não podendo ser atribuída aos adquirentes (Direito Civil – Coisas. São Paulo: Saraiva Jur., 2018, p. 265-266).

De ressaltar, o condomínio de lotes já era um fenómeno existente na sociedade, porém a legislação em vigor, na data da suscitação da dúvida em apreço, não era suficientemente clara quanto à forma e a natureza do instituto que as pessoas pretendiam constituir. Por essa razão, a aparente lacuna legislativa fazia com que existisse considerável parcela dos operadores do direito inadmitissem a sua possibilidade, por supostamente violar as Leis do Parcelamento do Solo e das Incorporações Imobiliárias, a exemplo da respeitável posição sustentada pelos representantes do Ministério Público no caso concreto.

Sublinha-se, no entanto, que na própria Corregedoria Geral de Justiça deste Tribunal já despontava entendimento no sentido de admitir tal possibilidade, como, pode-se referir, o que consta do Processo n CGJ 0178/2006, cuidando de dúvida relativa a condomínios horizontais, apresentada pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis de Santa Catarina – CRECI, em que oficiou o então Juiz Corregedor e, atualmente, Corregedor, eminente Desembargador Roberto Lucas Pacheco, já em 23-05-2006, com manifestação favorável à abertura individual de matrícula para a unidade vendida em condomínio edilício, com posterior outorga da escritura definitiva, desde que observados todos os requisitos impostos pela Lei n 4.591/64 e pela legislação municipal (fls. 462-465).

Em reforço a este pensamento, traz-se à lume artigo científico, publicado em 08-10-2018, pelo professor Flávio Tartuce, de autoria do Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, que bem ilustra as novidades introduzidas no ordenamento jurídico pátrio acerca do tema pela Lei n 13.465/2017:

“Com olhos na impotência jurídica tradicional para enfrentar a realidade de informalidade generalizada representada pelos “loteamentos fechados”, a Lei nº 13.465/2017 criou uma nova espécie de condomínio, batizado de “condomínio de lotes”.

As regras centrais dessa nova espécie de condomínio foram colocadas, com acerto, no Código Civil ao lado das outras figuras de condomínio. O Código Civil não precisou ser abundante em regras, pois, na realidade, esse condomínio de lotes, nada mais é do que um desdobramento do condomínio edilício vertical (o de casas) de que tratava o art. 8º da Lei nº 4.591/2017. O Código Civil disciplina a matéria em apenas um artigo, o art. 1.358-A.

Lembre-se de que condomínio edilício vertical (o de casas) não cria lotes, e sim unidades imobiliárias vinculadas a uma fração ideal do solo e das áreas comuns. Essas unidades autónomas consistem necessariamente em construções existentes, e não em meros lotes avulsos. Observe-se que a alínea a do art. 8º da Lei nº 4.591/64 estabelece que o condomínio edilício vertical envolve “unidades autónomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas”.

Agora, o novo art. 1.358-A do CC passa a permitir a criação de um condomínio que será composto por lotes,

os quais estarão necessariamente vinculados a uma fração ideal das áreas comuns em proporção a ser definida no ato de instituição. Isso significa que, nesse arranjo espacial, as ruas, as praças e as demais áreas de uso comum não são transferidas à propriedade do Município, mas continuam sendo propriedade privada, pertencente aos titulares do lote de acordo com a respectiva fração ideal.

[...]

O condomínio de lotes deverá ser fruto de um parcelamento do solo. Afinal de contas, é um condomínio de ... lotes! O próprio art. 2º, § 7º, da Lei nº 6.766/1979 estabelece que o lote poderá ser constituído como um imóvel autônomo (que é a forma tradicional de lote até hoje conhecida) ou como uma unidade imobiliária integrante de um condomínio de lotes.

O lote continua sendo um imóvel próprio, com direito a uma matrícula própria no Cartório de Imóveis, em observância ao princípio da unitariedade matricial. Todavia, o conceito de lote se ampliou.

Isso significa que, para a criação de um condomínio de lotes, necessariamente devem ser observados todos os procedimentos da Lei de Loteamentos, como a exigência de aprovação prévia do município.

A Lei nº 6.766/79, portanto, é plenamente aplicável para disciplinar também o condomínio de lotes. Ora, essa lei já possui regras para disciplinar os casos de venda de “lotes na planta”, ou seja, de lotes que ainda serão edificados, razão por que podemos levantar a seguinte indagação: a Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) também seria aplicável?

Incorporação imobiliária é alienar unidades autônomas de um condomínio que ainda será construído e instituído. É, grosso modo, alienar “imóvel na planta”. Portanto, se alguém haverá de construir um prédio e instituir um condomínio edilício sem alienar precocemente qualquer uma das unidades, não há falar em incorporação imobiliária.

Ao nosso sentir, a Lei de Incorporação Imobiliária é vocacionada a preparar a instituição de condomínios no futuro, de modo que ela tem de ser também observada no condomínio de lotes. Nesse sentido, o próprio § 3º do art. 1.358-A do CC fez remissão expressa à incorporação imobiliária.

[...]

A Lei nº 13.465/2017 está a desafiar os civilistas com novas ferramentas e concepções de Direito das Coisas. No presente texto, cuidamos especificamente das novas espécies de condomínios e dos seus desdobramentos no regime de parcelamento do solo.

Trata-se de avanços que convidam os juristas a calçarem a sandália da humildade para reconhecer que o “fetichismo institucional” de que tratava Roberto Mangabeira Unger – assim entendido o culto a institutos jurídicos antigos – representa uma perigosa patologia que pode comprometer o desempenho do principal papel do Direito das Coisas: garantir segurança proprietária em compatibilidade com a realidade social da atualidade. O jurista deve cultivar o passado, sem abandonar a ousadia de inovar para enfrentar o presente e o futuro. (Texto na íntegra disponível em: https://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478658357/novidades-da-lei-n-13465-2017-o-condominio-de-lotes-o-condominio-urbano-simples-e-o-loteamento-de-acesso-controlado?ref=topic_feed)

À luz dessas ponderações, tenho para mim que, ao tempo em que foi deflagrado o presente procedimento, se pairava dúvida acerca da direção a seguir pela Oficial Interina do Registro de Imóveis da comarca de São Joaquim, tal dúvida dissipou-se e não mais existe, não havendo qualquer empecilho ao registro da incorporação do empreendimento imobiliário em questão, como condomínio de lotes, desde que, evidentemente, satisfeitas as exigências inerentes à matéria previstas na Lei n. 4.591/64 e na legislação municipal, de sorte que não pode prevalecer a sentença do do juízo primeiro grau.

3. Dispositivo do voto

Ante o exposto, pronuncio-me por conhecer e dar provimento ao recurso de apelação interposto por Gonzaga Sampaio Empreendimentos Imobiliários Ltda., para, em reforma à sentença impugnada, julgar procedente a suscitação de dúvida apresentada pela Oficial Interina do Registro de Imóveis da comarca de São Joaquim e, por consequência, reconhecer a possibilidade do registro da incorporação do empreendimento “Condomínio Residencial Terroir Villaggio”, matriculado sob nº 13.277, fls. 016, do livro 2-CS do Registro Geral de Imóveis da comarca de São Joaquim, na modalidade condomínio de lotes, nos termos do artigo 1.358-A do Código Civil, e demais dispositivos da Lei nº 13.465/2017.

É como voto.

ÓRGÃO ESPECIAL

Direta de Inconstitucionalidade n. 4021697-39.2018.8.24.0000, de Tribunal de Justiça

Relator: Desembargadora Soraya Nunes Lins

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.180/2018, DO MUNICÍPIO DE CORREIA PINTO, QUE DISPÕE SOBRE O PROGRAMA FAMÍLIA ACOLHEDORA. MODALIDADE DE ACOLHIMENTO PROVISÓRIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE PRIVAÇÃO TEMPORÁRIA DO CONVÍVIO COM A FAMÍLIA DE ORIGEM.

PLEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE TÃO SOMENTE DO ART. 31 DA CITADA NORMA, QUE TRATA DO ABRIGO MUNICIPAL SÔNIA DE MORAES ALVES. INSTITUIÇÃO PÚBLICA QUE TAMBÉM ATUA NO ACOLHIMENTO PROVISÓRIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AFASTADOS DE SUA FAMÍLIA DE ORIGEM.

NORMA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ARTIGO 31 DA LEI MUNICIPAL INSERIDO POR EMENDA PARLAMENTAR. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE A EMENDA E O PROJETO DE LEI. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA. TANTO O PROGRAMA FAMÍLIA ACOLHEDORA QUANTO O ABRIGO MUNICIPAL SE REFEREM A MODALIDADES DE ACOLHIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AFASTADOS DE SUAS FAMÍLIAS DE ORIGEM. SERVIÇOS PREVISTOS NO PLANO NACIONAL DE PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E DEFESA DO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 4021697-39.2018.8.24.0000, da comarca de Tribunal de Justiça em que é Requerente Prefeito Municipal de Correia Pinto e Requerido Câmara de Vereadores do Município de Correia Pinto

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargadora Salete Silva Sommariva, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador José Carlos Carstens Köhler, Desembargador João Henrique Blasi e Desembargadora Rejane Andersen.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2018.

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Relatora

RELATÓRIO

O Prefeito Municipal e a Procuradora-Geral do Município de Correia Pinto ajuizaram, em conjunto, ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 31 da Lei nº 2.180/2018, que instituiu o Serviço “Família Acolhedora” no município de Correia Pinto, sob alegação de afronta aos artigos 32 e 50, § 2º, inciso IV, ambos da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Alegam que a norma instituiu o serviço de acolhimento familiar provisório de crianças e adolescentes em situação de privação temporária do convívio com a família de origem. Asseveram que o serviço se constitui na guarda de crianças ou adolescentes por famílias previamente cadastradas e habilitadas, que tenham condições de recebê-las e mantê-las condignamente, garantindo a manutenção dos direitos básicos ao processo de crescimento e desenvolvimento, em atenção ao que dispõe o art. 101 do Eca e a Lei nº 12.010/2009.

Asseveram, no entanto, que a Câmara de Vereadores acresceu emenda ao texto normativo, disciplinando acerca de matéria alheia ao objeto da Lei, tratando da forma de eventual extinção do abrigo municipal “Sonia de Moraes Alves”.

Sustentam que compete, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de normas que versem sobre a organização e o funcionamento de órgãos da administração pública, de modo que o artigo incluído pela Câmara de Vereadores afrontou o disposto no art. 50, § 2º, inciso VI, da Constituição Estadual.

Referem, também, que a emenda viola o princípio da separação dos Poderes disciplinado no art. 32 da Carta Constitucional Estadual.

Nesse contexto, pretendem a declaração da inconstitucionalidade do art. 31 da Lei Municipal nº 2.180/2018. Requerem, também, a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do artigo supracitado.

Na decisão monocrática de fls. 155-158, foi indeferido o pedido cautelar, sob o fundamento de que a manutenção do art. 31, até o julgamento da ação, não traria prejuízo à implantação do Serviço Família Acolhedora no Município. Além disso, registrou-se que as regras necessárias à implantação do citado Serviço estavam claramente disciplinadas na Lei Municipal, não havendo indícios de que sofreriam interferência com a manutenção do artigo impugnado.

Solicitadas informações ao Presidente da Câmara de Vereadores, este as prestou às fls. 165-179.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, em conjunto, pelo Prefeito Municipal e pela Procuradora-Geral do Município de Correia Pinto em face do art. 31 da Lei nº 2.180/2018, sob alegação de afronta aos artigos 32 e 50, § 2º, inciso IV, ambos da Constituição do Estado de Santa Catarina.

A Lei nº 2.180/2018, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, trata da instituição do serviço de acolhimento familiar provisório de crianças e adolescentes em situação de privação temporária do convívio com a família de origem, como parte da política de atendimento à criança e ao adolescente.

O art. 2º da norma esclarece que “o Serviço Família Acolhedora constitui-se na guarda de crianças ou adolescentes por famílias previamente cadastradas no serviço e habilitadas, residentes no Município de Correia Pinto, ou não havendo, residentes nos municípios da Comarca, que tenham condições de recebê-las e mantê-las condignamente, garantindo a manutenção dos direitos básicos necessários ao processo de crescimento e desenvolvimento, oferecendo meios necessários à saúde, educação e alimentação, com acompanhamento direto da Assistência Social e da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Correia Pinto/SC”.

A Lei Municipal considera crianças e adolescentes em “situação de privação temporária do convívio com a família de origem aqueles que tenham seus direitos ameaçados ou violados, em caso de abandono, negligência, maus tratos, ameaça e violação dos direitos fundamentais por parte dos pais ou responsáveis, destituição de guarda ou tutela, suspensão, perda do poder familiar e desde que verificada a impossibilidade de colocação sob guarda ou tutela na família extensa” (art. 3º).

A mencionada Lei também estabelece que o serviço ficará vinculado à Secretaria Municipal de Assistência Social e Habitação, tendo como parceiros: o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente; a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Correia Pinto/SC; a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Ministério Público Estadual; o Conselho Municipal de Assistência Social; e o Conselho Tutelar (art. 8º).

A norma dispõe, ainda, sobre o cadastro e a seleção das famílias interessadas em participar do Serviço da Família Acolhedora (art. 10 a 12); o período de acolhimento (art. 13 a 20); a responsabilidade da família acolhedora (art. 21); a equipe técnica que prestará acompanhamento à família acolhedora (art. 22 a 25); o benefício financeiro recebido pela família, pago com recursos do Fundo Municipal de Assistência Social (art. 26 a 29); e as hipóteses de desligamento da família (art. 30).

A Câmara de Vereadores, embora tenha aprovado os artigos da Lei Municipal na sua redação original, propôs emenda ao texto normativo, incluindo o art. 31 à norma, cuja redação final disciplinou:

O abrigo Municipal “Sonia de Moraes Alves” só será extinto com autorização legislativa.

Parágrafo Único – Para a extinção do Abrigo Municipal “Sonia de Moraes Alves” deverá estar comprovada a instalação do Abrigo Regional com todas as condições de estrutura física, operacional e técnica para recebimento dos menores.

Ainda que a emenda parlamentar tenha sido vetada pelo Chefe do Poder Executivo, o veto foi rejeitado pelo Plenário da Casa Legislativa, tendo a Lei sido sancionada com a referida inclusão.

Nada obstante, o Prefeito Municipal e a Procuradora-Geral do Município de Correia Pinto ajuizaram a presente ação, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do mencionado artigo, sob a alegação de que disciplina matéria alheia ao objeto da Lei.

Sustentam ser competência privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de normas que versem sobre a organização e o funcionamento de órgãos da administração pública, de modo que o artigo incluído pelo ente parlamentar afronta o disposto no art. 50, § 2º, inciso VI, da Constituição Estadual. Referem, também, violação ao princípio da separação dos Poderes, disciplinado no art. 32 da Carta Constitucional Estadual.

No parecer exarado pela Procuradoria-Geral de Justiça foi aventada ofensa meramente reflexa à Constituição Estadual. No entanto, o argumento não merece acolhida, uma vez que está expressa na petição inicial a alegada afronta aos artigos 32 e 50, § 2º, inciso VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Quanto ao mérito, importante esclarecer que o acolhimento familiar, consoante descrito no art. 1º da Lei Municipal nº 2.180/2018, é parte da política de atendimento à criança e ao adolescente, atendendo ao que dispõe a Política Nacional de Assistência Social, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

Segundo o Plano Nacional de Proteção e Defesa de Crianças e Adolescentes, para a proteção de sua integridade física e psicológica, as crianças e os adolescentes afastados das famílias de origem deverão ser atendidos em serviços que ofereçam cuidados e condições favoráveis ao seu desenvolvimento saudável. Esses serviços podem ser ofertados na forma de Acolhimento Institucional ou de Programas de Famílias Acolhedoras.

Refere ainda o Plano Nacional as modalidades de abrigamento. O acolhimento institucional é uma dessas formas, realizada em entidades de atendimento definidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. O acolhimento pode ser oferecido em diferentes tipos: Abrigo Institucional para pequenos grupos, Casa Lar e Casa de Passagem. Independentemente da nomenclatura, essas modalidades constituem “programas de abrigo”, previstos no artigo 101, inciso VII, do ECA, devendo seguir os parâmetros referidos na mencionada Lei.

O Programa Família Acolhedora é outra modalidade de abrigamento, e se caracteriza como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral até que seja possível a reintegração familiar.

Esse Programa não se confunde com a adoção. Trata-se de um serviço de acolhimento provisório, em geral até que seja viabilizada solução de caráter permanente para a criança ou o adolescente, qual seja, a reintegração familiar ou, excepcionalmente, a adoção.

As famílias acolhedoras estão vinculadas ao Programa que as seleciona, prepara e acompanha para o desempenho do acolhimento. Este tipo de acolhimento possui como pressuposto a guarda fixada judicialmente, a ser requerida pelo Programa ao Juízo, em favor da família acolhedora. A manutenção da guarda estará, portanto, vinculada à permanência da família acolhedora no Programa.

Tanto o Acolhimento Institucional quanto os Programas de Família Acolhedora devem organizar-se segundo os princípios e as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que se refere à excepcionalidade e à provisoriedade do acolhimento, ao investimento na reintegração à família de origem, à preservação do vínculo entre grupos de irmãos, à permanente comunicação com a Justiça da Infância e da Juventude e à articulação com a rede de serviços.

Assim, é dentro deste prisma de proteção especial e integral de crianças e adolescentes, devidamente delineados no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que se deve analisar o pedido de inconstitucionalidade do art. 31 da Lei Municipal nº 2.180/2018.

Como é cediço, em respeito ao princípio da prioridade absoluta à garantia dos direitos da criança e do adolescente, o Estado deve se responsabilizar por oferecer serviços adequados e suficientes à prevenção e superação das situações de violação de direitos dessas crianças e adolescentes.

A propósito, o art. 227 da Constituição Federal disciplina, textualmente, ser “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”.

Nesse contexto, observa-se que tanto o art. 31 da Lei Municipal nº 2.180/2018, que disciplina sobre o abrigo municipal Sônia de Moraes Alves, quanto os demais artigos da mesma norma, que tratam do Programa Família Acolhedora, se referem às modalidades de acolhimento de crianças e adolescentes definidas no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

Entrevê-se, portanto, que os artigos guardam pertinência temática entre si, uma vez que concernentes a serviços de atendimento às crianças e aos adolescentes que foram retirados das suas famílias de origem, pelo Poder Público, em razão de estarem sofrendo violação ou ameaça aos seus direitos.

Sobre a emenda parlamentar propriamente dita, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que são amplamente possíveis, ainda que em projetos de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Neste caso, a emenda deve guardar pertinência temática com o projeto de lei e não resultar em aumento de despesa.

Nesse sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO – INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, “in fine”) – OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES – AUMENTO DA DESPESA GLOBAL ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA MATERIAL COM O OBJETO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA – DESCARACTERIZAÇÃO DE REFERIDO PROJETO DE LEI MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS

CONSTANTES DO PROJETO INICIAL – A QUESTÃO DAS EMENDAS PARLAMENTARES A PROJETOS DE INICIATIVA RESERVADA A OUTROS PODERES DO ESTADO – POSSIBILIDADE – LIMITAÇÕES QUE INCIDEM SOBRE O PODER DE EMENDAR PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS – DOCTRINA – PRECEDENTES – MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO EXERCÍCIO DO PODER DE EMENDA PELOS MEMBROS DO PARLAMENTO – O poder de emendar projetos de lei – que se reveste de natureza eminentemente constitucional – qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 – RTJ 37/113 – RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa, desde que – respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República – as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei e (b) guardem afinidade lógica com a proposição original (vínculo de pertinência). Doutrina. Jurisprudência. – Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, no oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Consequente declaração de inconstitucionalidade formal dos preceitos normativos impugnados nesta sede de fiscalização normativa abstrata. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DO DESRESPEITO, PELOS PARLAMENTARES, DOS LIMITES QUE INCIDEM SOBRE O PODER DE EMENDA QUE LHES É INERENTE – A aquiescência do Chefe do Poder Executivo mediante sanção, expressa ou tácita, do projeto de lei, sendo dele, ou não, a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade que afeta, juridicamente, a proposição legislativa aprovada. Insubsistência da Súmula nº 5/STF (formulada sob a égide da Constituição de 1946), em virtude da superveniente promulgação da Constituição Federal de 1988. Doutrina. Precedentes. ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – O Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional. Precedentes (ADI 1050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 27-08-2018 PUBLIC 28-08-2018).

Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo Legislativo. Lei de Iniciativa Reservada ao Poder Executivo. Emenda Parlamentar sem Estreita Relação de Pertinência com o Objeto do Projeto Encaminhado pelo Executivo. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, desde que não ocorra aumento de despesa e haja estreita pertinência das emendas com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo, mesmo que digam respeito à mesma matéria. Nesse sentido: ADI 546, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.3.1999, DJ de 14. 4.2000; ADI 973-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17.12.1993, DJ 19.12.2006; ADI 2.305, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 30.06.2011, DJ 05.08.2011; e ADI 1.333, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 29.10.2014, DJE 18.11.2014. 2. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente (ADI 3655, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 14-04-2016 PUBLIC 15-04-2016).

A Corte tem entendido, reiteradamente, que a Constituição Federal somente veda ao Poder Legislativo

formalizar emendas a projetos de iniciativa exclusiva se delas resultar aumento de despesa pública ou se elas forem totalmente impertinentes à matéria versada no projeto (ADI nº 3.288/MG, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 24/2/11; ADI nº 2.350/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/4/04) (ADI 3628, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 09-10-2018 PUBLIC 10-10-2018).

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 13.611/2002 do Estado do Paraná, a qual estabeleceu os valores das custas judiciais devidas no âmbito do Poder Judiciário estadual. Inconstitucionalidade formal: inexistência. Poder de emenda do Poder legislativo em matéria de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça. Ausência de inconstitucionalidade material. Taxa judiciária. Vinculação ao valor da causa ou ao valor dos bens sob litígio. 1. Não ofendem a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário estadual ou sua reserva de iniciativa legislativa emendas parlamentares oferecidas a projetos de lei que versem sobre tabelas de custas e emolumentos. A função do Legislativo nos projetos cuja iniciativa de propositura seja exclusiva de algum órgão ou agente político não se resume a cancelar seu conteúdo original. O debate, as modificações e as rejeições decorrentes do processo legislativo defluem do caráter político da atividade. 2. A jurisprudência da Corte tem entendido, reiteradamente, que a Constituição Federal somente veda ao Poder Legislativo formalizar emendas a projetos de iniciativa exclusiva se delas resultarem aumento de despesa pública ou se forem totalmente impertinentes à matéria versada no projeto, o que não é o caso da presente ação direta. Precedentes: ADI nº 3.288/MG, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 24/2/11; ADI nº 2350/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/4/2004. [...] (ADI 2696, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 13-03-2017 PUBLIC 14-03-2017).

A pertinência temática, consoante registrado, resulta evidenciada na questão sob análise, pois tanto a Casa Lar quanto o Programa Família Acolhedora são modalidades de acolhimento definidas pelo Plano Nacional.

Quanto ao aumento de despesa, da simples leitura do art. 31 da Lei Municipal nº 2.180/2018, é possível constatar que o artigo não gera incremento na despesa pública, além daquelas despendidas pelo Poder Municipal atualmente.

Desse modo, há que se concluir não estar presente a alegada inconstitucionalidade.

Além disso, importante mencionar que, segundo dados obtidos junto à Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA deste e. Tribunal de Justiça, nos últimos 10 (dez) anos, contados entre setembro/2008 a junho/2018, a Casa Lar de Correia Pinto abrigou cerca de 57 (cinquenta e sete) crianças e adolescentes.

O fluxo de abrigados é expressivo para o Município, já que a Instituição conta com apenas 09 (nove) vagas para crianças e adolescentes de ambos os sexos, de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos de idade, distribuídos em 3 (três) quartos: um para meninas, outro para meninos, e um berçário.

Ainda segundo dados obtidos com a CEJA, o tempo de abrigamento institucional de crianças e adolescentes é variável, sendo que alguns permaneceram na Instituição Municipal, no período anteriormente citado, por mais de 6 (seis) anos.

Importante mencionar que a Corregedoria-Geral da Justiça, por sua Comissão Estadual Judiciária de Adoção, esteve em recente visita de fiscalização na Casa Lar Sônia de Moraes Alves, realizada no dia 29 de novembro do corrente ano.

Segundo o Relatório elaborado pela CEJA, estão acolhidos atualmente na instituição municipal 2 (dois) adolescentes e um grupo de 3 (três) irmãos, entre 3 e 6 anos de idade, oportunidade em que se está envidando esforços para a busca de um destino para esses acolhidos.

O Relatório também demonstra que, observados os dados fornecidos pelo Sistema de Cadastro dos Serviços de Acolhimento da Corregedoria-Geral da Justiça – CUIDA, a Casa Lar Sônia de Moraes Alves apresenta demanda constante de 5 a 8 acolhimentos por mês.

Nas inspeções realizadas também em anos anteriores, a Corregedoria-Geral da Justiça tem avaliado o abrigo municipal como apropriado, tanto do ponto de vista físico quanto pelo comprometimento da equipe técnica com as crianças e os adolescentes.

Além disso, se revela um serviço consolidado no Município de Correia Pinto há 14 (quatorze) anos e em perfeito funcionamento, sendo que o Programa Família Acolhedora, embora denote benefícios às crianças e aos adolescentes retirados da família de origem, exige a disponibilização de equipe técnica própria para implantação, supervisão e acompanhamento do Programa, bem como a realização de um estudo preliminar que indique a existência de famílias predispostas a aderirem ao Programa no âmbito municipal.

Segundo indicado no Relatório elaborado pela CEJA, a equipe mínima exigida para a implantação do Serviço Família Acolhedora, segundo a nova diretriz de reordenamento e implantação dos serviços de acolhimento para crianças e adolescentes do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome é de 1 (um) coordenador e 2 (dois) profissionais de nível superior, com carga horária de 30 horas semanais, para acompanhar cada 15 (quinze) famílias acolhedoras e 15 (quinze) famílias de origem.

Importante mencionar, ainda, que a comarca de Correia Pinto está situada na região mais carente do Estado de Santa Catarina, sendo constituída também pelo município de Ponte Alta, o que justifica a coexistência das duas modalidades de acolhimento de crianças e adolescentes definidas no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

Por outro lado, deve ser mencionado, também, que o art. 13, parágrafo único, da Lei Municipal nº 2.180/2018 disciplina que o período máximo de permanência da criança e do adolescente na família acolhedora é de 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez por igual período.

Verifica-se, assim, que a Lei Municipal confere limite para esta modalidade de acolhimento, enquanto que o abrigamento institucional não impõe prazo determinado ao acolhimento da criança e do adolescente.

Ademais, verificada uma situação de vulnerabilidade de criança ou adolescente, o Magistrado da comarca ou o Conselho Tutelar poderão conduzir imediatamente esta criança ou adolescente ao abrigo municipal, enquanto a outra modalidade demanda o contato e a concessão da guarda provisória à família acolhedora previamente cadastrada.

Desse modo, importante reconhecer que as modalidades de acolhimento em destaque têm suas peculiaridades, embora ambas sejam importantes, dentro de suas próprias características, para o pleno

atendimento de crianças e adolescentes afastados das suas famílias de origem, em decorrência da violação de seus direitos.

Não é demais recordar que é dever do Estado, além da família e sociedade, assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, todos os direitos previstos na Constituição Federal e no seu Estatuto de Regência, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao Poder Público é concedida a tarefa de pensar no atendimento humano integral dessas crianças e adolescentes, por meio da instituição de políticas públicas articuladas com vista à plena garantia de seus direitos.

Nesse contexto, sob o enfoque da proteção especial e integral de crianças e adolescentes, devidamente delineada no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, não se entrevê inconstitucionalidade no art. 31 da Lei nº 2.180/2018, do município de Correia Pinto.

Ante o exposto, o voto é no sentido julgar improcedente o pedido formulado nos autos da ação direta de inconstitucionalidade.

Este é o voto.

Direta de Inconstitucionalidade n. 8000215-80.2018.8.24.0900, de Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Jaime Ramos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 4.080/2015, DO MUNICÍPIO DE LAGES, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE PROÍBE A COMERCIALIZAÇÃO E O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS DE QUALQUER GRADUAÇÃO EM CERTOS LOGRADOUROS PÚBLICOS MUNICIPAIS (ARTS. 1º E 2º). PROIBIÇÃO QUE, A PRETEXTO DE GARANTIR MAIOR SEGURANÇA, RESTRINGE O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL, DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. OFENSA AOS ARTS. 4º, 134 E 135, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBRIGAÇÃO DO PODER EXECUTIVO DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DA LEI E DE APLICAR MULTAS ÀQUELES QUE INFRINGIREM SUAS DISPOSIÇÕES (ART. 5º). OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES (ART. 32, DA CE) IMPUTAÇÃO AO PREFEITO DO CRIME DE RESPONSABILIDADE PARA O CASO DE NÃO REGULAMENTAR A LEI NO PRAZO NELA FIXADO (§ 1º DO ART. 5º). MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE PREDOMINANTE INTERESSE LOCAL (ART. 112, INCISO I, DA CE). OFENSA, ADEMAIS, AO PRINCÍPIO FEDERATIVO (ART. 1º, DA CE) E ÀS REGRAS CONSTITUCIONAIS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1º E 5º, § 1º DA LEI N. 4.080/2015, DO MUNICÍPIO DE LAGES E, POR ARRASTAMENTO, DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DA LEI QUESTIONADA. EFEITOS EX TUNC E ERGA OMNES.

A lei, de iniciativa parlamentar, que impõe ao Poder Executivo a obrigação de fiscalizar o cumprimento da norma, e de aplicar sanções administrativas àqueles que a infringirem (art. 5º, caput, da Lei n. 4.080/2015, de Lages), é inconstitucional porque viola o princípio constitucional da separação e independência dos poderes (art. 32, caput, da CE/1989).

O Município, nos termos do art. 112, inciso I, da Constituição Estadual, tem competência para “legislar sobre assuntos de interesse local”, mas não a tem para legislar sobre crime de responsabilidade e infração político-administrativa do Prefeito, daí por que a Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, ao dispor sobre essa matéria (§ 1º do art. 5º), invadiu a competência privativa da União, violando, assim, o art. 1º (princípio federativo), da Constituição do Estado de Santa Catarina.

“A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF – ADI n. 2551 MC-QO/MG, Rel. Ministro Celso de Mello). Por isso, não é proporcional nem razoável a lei que, a pretexto de garantir maior segurança, proíbe a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos, restringe o direito à livre iniciativa, à livre concorrência e à liberdade individual, sobretudo porque a ingestão moderada de bebida alcoólica, além de ser legalmente lícita, é socialmente aceita e tolerada e, além disso, o consumo excessivo é reprimido por dispositivos legais mais eficazes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 8000215-80.2018.8.24.0900, do Tribunal de Justiça em que é Requerente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Requeridos o Prefeito do Município de Lages e outro.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para, com efeitos extunc, declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado em 5 de dezembro de 2018, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, João Henrique Blasi, Rejane Andersen, Soraya Nunes Lins, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Rodrigo Collaço, Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Marcus Tulio Sartorato, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2018.

Desembargador Jaime Ramos

Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, representado pelo Promotor de Justiça da 14ª Promotoria de Justiça da Comarca de Lages, propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia e, ao final, declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 4.080, de 10/02/2015, do Município de Lages, por ofensa aos arts. 1º, 4º, 112, inciso I e 135, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Alega que a lei questionada, ao proibir o consumo e a comercialização de bebidas alcoólicas em logradouros públicos, sob aparente “intuito de contribuir para a segurança pública local, bem como desestimular sua ingestão desarrazoada”, restringe o “direito de liberdade do cidadão e a livre iniciativa comercial”, mostrando-se inadequada e desproporcional aos fins pretendidos; que, “não obstante a boa intenção legislativa, a simples proibição do consumo e comercialização, em local público, de uma substância lícita, isto é, bebida alcoólica, não é capaz, por si só, de garantir maior segurança pública, nem desestimula a sua ingestão, a qual é socialmente aceita, tolerada e não vedada”; que já existem medidas legislativas eficazes e menos gravosas para desestimular o consumo de bebidas alcoólicas e proteger a incolumidade pública, como o art. 82, do ECA, o art. 62, da Lei de Contravenções Penais, os arts. 165 e 306, do Código de Trânsito Brasileiro; que há ofensa à livre iniciativa e livre concorrência (arts. 170, caput, inciso IV, da CF; e arts. 134, e 135, da CE); que o 5º, § 1º, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, imputa ao Chefe do Poder Executivo, no caso de não regulamentação da lei no prazo fixado, o crime de responsabilidade; que a lei questionada, ao dispor sobre matéria penal (crime de responsabilidade do Prefeito) “transbordou os limites da competência que lhe foi conferida para tratar de assuntos de interesse local (art. 30, inciso I da Constituição Federal, e o artigo 112, inciso I, da Constituição Estadual)”.

Requeru o deferimento da medida cautelar para suspender os efeitos da Lei n. 4.080, de 10/02/2015, do Município de Lages e, ao final, a procedência do pedido para “se declarar a

inconstitucionalidade da Lei n. 4.080, de 10 de fevereiro de 2015, do Município de Lages, notadamente os dispositivos contidos nos artigos 1º e § 1º, do art. 5º, por violação aos artigos 1º, 4º, 112, inciso I e 135, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina”.

Notificado, o Prefeito do Município de Lages prestou informações dizendo que “é de se reconhecer que a Lei Municipal, no artigo 5º, § 1º, invadiu a competência normativa privativa da União em matéria penal, extravasando os limites da competência conferida aos entes municipais para tratar de assunto de interesse local”, violando, assim, o enunciado da Súmula Vinculante n. 46, do Supremo Tribunal Federal; que a Constituição Federal, no art. 220, § 4º, diz que a propaganda comercial de bebidas alcoólicas estará sujeita a restrições legais; que, por isso, editou-se a Lei Federal n. 9.294/1996; que a Lei n. 4.080/2015, “estabeleceu restrições à livre iniciativa de forma bem delimitada, em favor de direitos fundamentais tais como o direito à vida, à saúde e à segurança dos munícipes lageanos”; que a livre iniciativa não se reveste de caráter absoluto, de sorte que “a restrição imposta a certos direitos fundamentais em prol de outros, como o direito à vida, à saúde e à segurança, no caso desta ação, de hierarquia superior à livre iniciativa, é perfeitamente coerente com as regras da interpretação constitucional”; que a lei questionada não proíbe o comércio varejista de bebidas alcoólicas, mas apenas o condiciona, restringindo-o em locais determinados; que “o critério legalmente adotado para instituir a vedação de comercialização e consumo de bebidas alcoólicas (arts. 1º e 2º) não consiste exclusivamente na localização dos estabelecimentos empresariais”, mas “em locais de grande circulação de transeuntes”; que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 4.080/2015, abre exceção ao comércio e consumo de bebidas alcoólicas; que, de acordo com o art. 182, da Constituição Federal, cabe ao Município a política de desenvolvimento urbano, com o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; que, portanto, as restrições relativas ao comércio e consumo de bebidas alcoólicas, previstas na lei questionada, são constitucionais.

O Presidente da Câmara de Vereadores disse que o art. 5º, § 1º, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, que trata, na verdade, de infração político-administrativa, não é inconstitucional porque apenas reproduz o inciso XIV do art. 1º do Decreto-lei n. 201/1967; que se poderia cogitar de ilegalidade, mas não de inconstitucionalidade; que a lei questionada, no que se refere à restrição ao consumo e comercialização de bebidas alcoólicas, apenas regulamentou “a utilização dos bens de consumo do povo” (praças, logradouros etc.) e, por isso, não há ofensa à livre iniciativa.

O Procurador-Geral do Município de Lages, por sua vez, disse que o projeto de lei que deu origem à Lei Municipal n. 4.080/2015, de iniciativa parlamentar, foi vetado pelo Prefeito, mas a Câmara de Vereadores rejeitou o veto e promulgou a lei questionada; que se deve reconhecer inconstitucionalidade do art. 5º, § 1º, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, porque é da União a competência privativa para dispor sobre matéria penal.

No mais, repisou os argumentos expendidos pelo Chefe do Poder Executivo Municipal.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com base em parecer do Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim, opinou pelo deferimento do pedido cautelar e, no mérito, pela procedência do pedido, “para que seja declarada inconstitucional a Lei n. 4.080, de 10 de fevereiro de 2015, do Município de Lages, por violação à Súmula Vinculante n. 46 do Supremo Tribunal Federal e aos princípios da proporcionalidade e da livre iniciativa (art. 135, CESC)”.

VOTO

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

A Lei n. 4.080, de 10/02/2015, do Município de Lages, que “Dispõe sobre a proibição do consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos e dá outras providências”, promulgada pelo Vice-Presidente da Câmara de Vereadores, alterada pela Lei n. 4.221, de 05/10/2017, está assim redigida:

“LEI Nº 4080, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2015

(Regulamentada pelo Decreto nº 14.980/2015)

“DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DE CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM LOGRADOUROS PÚBLICOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

“JOSÉ VOLNIR SCHEUERMANN, Vice-Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Lages, Estado de Santa Catarina, FAÇO SABER, que a edilidade, em sessão Plenária aprovou e eu promulgo nos termos do artigo 69, parágrafo 6º da Lei Orgânica Municipal a seguinte, LEI:

“Art. 1º Fica proibida a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas de qualquer graduação em logradouros públicos do Município de Lages/SC.

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são considerados logradouros públicos: I - As avenidas; II - As rodovias; III - As ruas; IV - As alamedas, servidões, caminhos e passagens; V - As calçadas; VI - As praças; VII - As ciclovias; VIII - A via férrea; IX - As pontes e viadutos; X - O hall de entrada dos edifícios e estabelecimentos comerciais que sejam conexos à via pública e que não sejam cercados; XI - Os pátios e estacionamentos dos estabelecimentos que sejam conexos à via pública e que não sejam cercados; XII - A área externa dos campos de futebol, ginásios de esportes e praças esportivas de propriedade pública; XIII - As repartições públicas e adjacências.

“Parágrafo Único. Nos logradouros enquadrados nos incisos I, II, III, IV, V, VI, X, XI, XII e XIII poderá haver a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas:

“I - Quando houver evento, e na sua circunscrição, realizado:

“a) Pelo Poder Público;

“b) Por particulares, desde que previamente autorizado pelo Poder Público;

“II - Na área interna de propriedades particulares adjacentes a logradouros públicos, independentemente de autorização;

“III - Entorno de bares, quiosques, lanchonetes e restaurantes, nos limites determinados pelo Poder Público em sua autorização;

“Art. 3º Todos os termos de conduta e demais ajustes eventualmente firmados entre particulares e o Ministério Público, ou com o Poder Público, continuarão em pleno vigor e eficácia.

“Art. 4º A autorização deverá conter:

“I - Identificação do órgão ou entidade responsável pela autorização;

“II - Identificação do autorizado;

“III - Objeto da autorização, com a descrição dos motivos de fato;

“IV - Especificação do local e limites da abrangência;

“V - Prazo de vigência;

“VI - Local, data e hora de emissão;

“VII - Assinatura do órgão responsável pela autorização;

“Parágrafo Único. A autorização a que se refere o caput deste artigo aplica-se a alínea b do inciso I do Parágrafo Único do art. 2º e ao inciso III do Parágrafo Único do art. 2º desta Lei e é independente dos demais alvarás exigidos pelos órgãos competentes.

“Art. 5º É obrigação do Poder Executivo a fiscalização do contido nesta Lei, devendo aplicar, por cada infração ao disposto no art. 2º, e de acordo com regulamento, multa equivalente a 1/2 (meia) UFML a cada pessoa que estiver consumindo a bebida alcoólica e 5 (cinco) UFML ao vendedor da bebida alcoólica, duplicadas ambas as sanções, a cada reincidência. (Redação dada pela Lei nº 4221/2017)

“§ 1º Comete crime de responsabilidade, de acordo com o art. 1º, XIV, do Decreto-LEI Nº 201/67, o Prefeito que não regulamentar esta Lei dentro do prazo fixado no caput e no art. 7º desta Lei, sem prejuízo das demais sanções político-administrativa porventura cabíveis.

“§ 2º Tão logo expire o prazo para regulamentação desta Lei, caso ela não seja regulamentada, o Presidente da Câmara de Vereadores deverá comunicar o fato, imediatamente, ao Procurador-Geral do Estado, a respeito do crime tipificado no parágrafo anterior.

“§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior, no caso de haver reclamações por parte de cidadãos, junto a quaisquer órgãos de fiscalização e segurança públicas, que ultrapasse o número de 120 (cento e vinte) ocorrências.

“Art. 6º Para dar eficácia e garantir o cumprimento efetivo desta Lei, o Poder Executivo poderá formar convênios ou parcerias com os órgãos competentes de polícia militar, ou análogos, garantida, em todo o caso, a sua plena e irrestrita autonomia no que tange à regulamentação e execução do que dispõe a presente Lei.

“Parágrafo Único - Para o cumprimento do disposto no caput, o Município fica autorizado a realizar transferência de recursos financeiros, à Polícia Militar de Santa Catarina, através do 6º BPM, conforme Termo de Convênio, para serem utilizados para suprir as necessidades visando a execução das atividades. (Redação acrescida pela Lei nº 4221/2017)

“Art. 7º Esta Lei será regulamentada, no prazo máximo de 30 dias de sua entrada em vigor, pelo Poder Executivo.

“Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

“Art. 9º Fica revogada a Redação Final nº 062/2014”.

De outro lado, os dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina que teriam sido violados pela lei questionada, têm, respectivamente, a seguinte redação:

“Art. 1º - O Estado de Santa Catarina, unidade inseparável da República Federativa do Brasil, formado pela união de seus Municípios, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preservará os princípios que informam o estado democrático de direito e tem como fundamentos:

“I - a soberania nacional;

“II - a autonomia estadual;

“III - a cidadania;

“IV - a dignidade da pessoa humana;

“V - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

“VI - o pluralismo político.

“[...]”

“Art. 4º - O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte:

“[...]”

“Art. 112 – Compete ao Município:

“I - legislar sobre assuntos de interesse local;

“[...]”

“Art. 134 - A ordem econômica catarinense, obedecidos os princípios da Constituição Federal, baseada no primado do trabalho, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social

“Art. 135 - O Estado só intervirá na exploração direta da atividade econômica por motivo de interesse público, expressamente definido em lei”.

Da restrição ao consumo de bebidas alcoólicas

O autor da ação direta de inconstitucionalidade alega que, “não obstante a boa intenção legislativa, a simples proibição do consumo e comercialização, em local público, de uma substância lícita, isto é, bebida alcoólica, não é capaz, por si só, de garantir maior segurança pública, nem desestimula a sua ingestão, a qual é socialmente aceita, tolerada e não vedada”, motivo pelo qual a Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, viola o princípio da proporcionalidade porque, embora sob “aparente intuito de contribuir para a segurança pública local, bem como desestimular sua ingestão desarrazoada”, restringe o direito de liberdade do cidadão prevista no art. 4º, da Constituição Estadual, bem como o direito à livre iniciativa comercial (arts. 134 e 135, da CE).

Disse, ainda, que a Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, “não é, portanto, sequer adequada a medida para a promoção dos fins pretendidos e, por conseguinte, mostra-se desproporcional”; e que “para desestimular o uso de bebidas alcoólicas já existem outras medidas legislativas eficazes e menos gravosas para a proteção da incolumidade pública, em virtude do uso inadequado do álcool [...]”.

Citou, a título de exemplo, o art. 82, do Estatuto da Criança e do Adolescente (proibição de venda de bebida alcoólica para crianças e adolescentes); o art. 62, da Lei de Contravenções Penais (conduta de apresentar-se publicamente em estado de embriaguez causando perigo); o art. 165, do Código de Trânsito Brasileiro (que criminaliza o fato de dirigir sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência); e o art. 306, também do Código de Trânsito Brasileiro (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência).

Pois bem.

A Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, alterada pela Lei n. 4.221/2015, proíbe “a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas de qualquer graduação em logradouros públicos do Município de Lages/SC” (art. 1º).

É verdade, como alegou o Prefeito do Município de Lages, que a Constituição Federal, ao tratar da comunicação social, disse que “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (§ 4º do art. 220 da CF).

Contudo, o dispositivo constitucional e a lei que o regulamentou (Lei Federal n. 9.294, de 15/07/1996) não proibem a comercialização e o consumo bebidas alcoólicas em logradouros públicos.

De outro lado, ainda que o Município tenha competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 112, inciso I, da CE; art. 30, inciso I, da CF), e sobre a política de desenvolvimento urbano (art. 140 e 141, da CE; art. 182 e 183, da CF), o art. 4º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, determina que “O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte [...]”.

Note-se que, nos termos do dispositivo constitucional transcrito, o Estado “assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal” e na Constituição Estadual.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, caput, afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Na ensinança de ALEXANDRE DE MORAIS “os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, referindo-se ao direito de liberdade, anotou:

“O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: ‘a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal’. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 233 – grifou-se).

Mais adiante, acerca do direito à segurança, registrou que “O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho arrola os direitos à segurança (direitos cujo objetivo imediato é a segurança) como categoria de direitos individuais, não propriamente como garantias individuais. E o caput do art. 5º fala em inviolabilidade do direito [...] à segurança, o que, no entanto, não impede seja ele considerado um

conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança. Efetivamente esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 438 – original sem destaque).

A Lei n. 4.080/015, do Município de Lages, alterada pela Lei n. 4.221/2017, ao proibir “a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas de qualquer graduação em logradouros públicos do Município de Lages/SC”, procura garantir o direito dos munícipes à segurança, mas, de outro lado, limita-lhes o direito de liberdade, criando, assim, um conflito entre dois direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (art. 5º, caput, da CF/1988; art. 4º, caput, da CE/1989).

Assim, é indispensável verificar se o ato legislativo municipal impugnado se mostra proporcional, adequado e necessário ao fim a que se destina, vale dizer, “a aferição da constitucionalidade da lei sob o aspecto material envolve, necessariamente, um prévio exame de proporcionalidade entre os fins almejados pelo legislador e a restrição imposta aos cidadãos, com a utilização de instrumentos adequados aos fins pretendidos e, ainda, uma análise acerca de outros mecanismos mais eficazes e menos invasivos à esfera dos direitos fundamentais” (TJPR – ADI n. 1.261.686-7, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, Rel. Des. Designado Luiz Osório Moraes Panza, julgada em 1º/06/2015).

GILMAR FERREIRA MENDES, discorrendo sobre o princípio da proporcionalidade, adverte:

“É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo.

“O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit)

“[...]

“O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

“Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (Untermassverbot)” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355/356 – original sem grifo).

HELLY LOPES MEIRELLES, referindo-se ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, ensina:

“Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, como lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade

envolve a proporcionalidade, e vice-versa” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 96 – grifou-se).

A jurisprudência, de igual modo, orienta no sentido de que “O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF – ADI n. 2551 MC-QO/MG, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 20/04/2006, p. 005).

Ademais, “A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem” (STF – ADI n. 4815/DF, Rel^a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/02/2016 – destacou-se).

Este Tribunal de Justiça, a respeito, tem orientado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO QUE PROÍBE O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM LOGRADOUROS PÚBLICOS MUNICIPAIS. COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E SEGURANÇA. JUÍZO DE PONDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SUBPRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICA A APTIDÃO DA MEDIDA PARA A OBTENÇÃO DO OBJETIVO PRETENDIDO. EXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO, CONSISTENTE NA PUNIÇÃO INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE EQUILÍBRIO ENTRE O MEIO UTILIZADO E O FIM ALMEJADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 6.555/2014 E, POR ARRASTAMENTO, DOS ARTS. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º E 7º, DA MESMA LEI, DESTINADOS A REGULAR O ALCANCE E MODO DE FISCALIZAÇÃO DA RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO DIPLOMA LEGAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL NA ADIN 8000075-98.2016.8.24.0000, DES. JAIME RAMOS. EFEITOS EX TUNC E ERGA OMNES” (TJSC – ADI n. 8000280-30.2016.8.24.0000, de Chapecó, Rel. Des. Ronei Danielli, julgada em 04/12/2017).

Dos fundamentos do voto extrai-se:

“Não se olvida, contudo, que, conforme destacado pelo Ministério Público, “a simples proibição do consumo, em local público, de uma substância lícita não é capaz, por si só, de garantir maior segurança pública, de evitar atos de tumulto ou violação do sossego, muito menos de desestímulo a sua ingestão” (fl. 62).

“Ao cotejar a norma proibitiva em questão com o subprincípio da necessidade, a única conclusão possível é no sentido do não atendimento do requisito.

“É que os comportamentos visados pelo legislador municipal a serem evitados já são, em sua maioria, tratados pelo direito penal, que, inclusive, no sistema de proteção de bens jurídicos é considerado como a ultima ratio, somente sendo legitimada sua atuação quando os demais ramos do direito se mostrem incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social.

“Ora, as condutas de apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, urinar em local público, dirigir

sob a influência de álcool e deprestar patrimônio, estão tipificados, respectivamente, no art. 62 da Lei de Contravenções Penais, art. 233 do Código Penal ou art. 61 da Lei de Contravenções Penais, art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro e art. 163 do Código Penal.

“Desse modo, não se mostra necessária a proibição de ingestão de álcool em local público para toda a população, quando o direito penal já trata de situações específicas e prevê a sanção a ser aplicada individualmente (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal) a quem praticar o fato tipificado.

“Quando da análise do último subprincípio da proporcionalidade, isto é, proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se não haver equilíbrio entre o meio utilizado e os objetivos perseguidos pelo legislador municipal, porquanto a restrição imposta à liberdade individual de todos os cidadãos Chapecoenses não se justifica diante da possibilidade de punição restrita ao transgressores, papel já cumprido pelo direito penal, conforme dito anteriormente.

“Ademais, ‘a liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem’ (STF - ADI n. 4815/DF, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10.06.2015 – sem grifo no original)” (TJSC – ADI n. 8000280-30.2016.8.24.0000, de Chapecó, Rel. Des. Ronei Danielli, julgada em 04/12/2017).

O Tribunal de Justiça do Paraná, julgando ação direta de inconstitucionalidade proposta contra Lei do Município de Cascavel, que proibia a venda e o consumo de bebidas alcoólicas nos locais públicos que indica, assim decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE LEI Nº 6.377/2014 DO MUNICÍPIO DE CASCAVEL, DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO, QUE PROÍBE A COMERCIALIZAÇÃO E O CONSUMO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS EM LOCAIS PÚBLICOS VÍCIO FORMAL DE RELATIVO AO ARTIGO 5º DA LEI NORMA QUE ESTABELECE ATRIBUIÇÕES DE SECRETARIA MUNICIPAL EM CONFRONTO COM O ARTIGO 66, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS DEMAIS DISPOSITIVOS RECONHECIDA VEDAÇÃO DESARRAZOADA FACE ÀS FINALIDADES DA LEI E À LIBERDADE INDIVIDUAL DESPROPORCIONALIDADE, INADEQUAÇÃO E DESNECESSIDADE DA NORMA FRENTE A OUTRAS DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA POLÍTICA NACIONAL DE SOBRE O CONSUMO DE ÁLCOOL (DECRETO Nº 6.177/2007) RESTRIÇÕES ADMITIDAS DIANTE DE PECULIARIDADES LOCAIS DE MAIOR VULNERABILIDADE E VIOLÊNCIA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO” (TJPR - ADI n. 1.261.686-7, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, Rel. Des. Designado Luiz Osório Moraes Panza, julgada em 1º/06/2015).

Dos fundamentos do voto, em relação ao princípio da proporcionalidade, extrai-se:

“Ao contrário da inconstitucionalidade do tipo formal, o vício material diz respeito à incompatibilidade da lei frente aos fins constitucionalmente previstos, em especial em face da proporcionalidade, adequação e necessidade do ato normativo.

“Destarte, a aferição da constitucionalidade da lei sob o aspecto material envolve, necessariamente, um prévio exame de proporcionalidade entre os fins almejados pelo legislador e a restrição imposta aos cidadãos, com a utilização de instrumentos adequados aos fins pretendidos e, ainda, uma análise acerca de outros mecanismos mais eficazes e menos invasivos à esfera dos direitos fundamentais.

“Veja-se:

“O exame da proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida, com subregras - ou, conforme a terminologia adotada, submáximas, subelementos, subcritérios ou subprincípios - independentes, que são aplicadas, de acordo com Carlos Bernal Pulido, de maneira sucessiva e escalonada. Há, portanto uma ordem pré-definida para sua aplicação: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, ‘... A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo.

“Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito’ (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002, p. 30 e 34). (STF. HC n. 12.2694/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário. J. 10/12/2014)’.

“Fixadas essas premissas, cumpre considerar que, nos termos da exposição de motivos da lei, o instrumento normativo pretendeu ‘acabar com o exemplo negativo de pessoas bebendo em lugares públicos’, fundamentando que a medida importará em redução dos índices de violência e no controle de desajustes comportamentais (fl. 12).

“Nesse compasso, entendo que a norma fere o princípio da proporcionalidade, considerando a desarrazoada restrição aos direitos fundamentais de liberdade individual, sobretudo diante da existência de outros meios mais eficazes e menos invasivos que já regulamentam a matéria.

“Como sabido, em um estado de direito o legislador exerce o seu Poder-Dever de condicionar a liberdade das pessoas através da edição de normas genéricas e abstratas (artigo 5º, inciso II, CF). Contudo, essa tarefa deve ser exercida de forma pautada em uma finalidade específica, na qual efetivamente sejam produzidos benefícios sociais, sob pena da atividade ser tida como desarrazoada.

“De acordo com o ‘princípio do dano’ (MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade), o Estado pode interferir na liberdade dos indivíduos, contra a vontade destes, desde que o faça para impedir que essa mesma liberdade cause danos a terceiros.

“Nessa linha;

“a pessoa tem de conduzir sua vida por si mesma, sem direcionamentos públicos, venham estes do Estado, da sociedade ou de outro indivíduo ou grupos de indivíduos, desde que suas ações não causem danos a terceiros’ (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2007., P. 113).

“Contudo, a lei do Município de Cascavel n. 6.377/2014 simplesmente proíbe o consumo de bebidas alcoólicas em locais públicos sem efetivamente proteger determinado bem jurídico.

“Por mais que conste da exposição de motivos que a norma visa proteger determinados certos bens (fl. 12), não se percebe uma efetiva proteção pelo fato de coibir o consumo, em local público, de uma substância socialmente aceita e tolerada.

“Explico: como exposto, o legislador buscou reduzir índices de violência e acabar com o exemplo negativo produzido por pessoas que consomem a bebida em locais públicos. Contudo, a lei não estabeleceu em que medida o consumo da bebida reduziria a criminalidade e favoreceria bons exemplos, tendo em vista que continua sendo permitida a sua ingestão no âmbito privado ou mesmo locais acessíveis ao público (bares, quiosques, lanchonetes, restaurantes e casa de eventos - artigo 1º, parágrafo único, da lei).

“Por isso, como bem pontuado pelo Ministério Público Estadual, ‘para desestimular o uso de bebidas alcoólicas, há indiscutivelmente medidas menos severas (e.g. campanhas voltadas aos malefícios causados pelo álcool), leitura, a rigor, que arreda a necessidade dessa intervenção’ (fl. 82).

“A fim de corroborar o entendimento que vem sendo desenvolvido, podem ser mencionadas algumas medidas legislativas que, de modo mais eficaz, já protegem a incolumidade pública em face do uso inadequado do álcool. A título exemplificativo:

“Lei de Contravenções Penais ‘Art. 62 - Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia’.

“Estatuto da Criança e do Adolescente ‘Art. 81 - É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: II - bebidas alcoólicas’.

“Código de Transito Brasileiro ‘Art. 165 - Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência’

“Ou seja, denota-se que em outras oportunidades já fora regulamentado o tema do consumo inadequado de bebidas alcoólicas. Deve ser observado que em todas as ocasiões o legislador interveio na liberdade individual tendo em mira o alcance de uma finalidade específica que, em um juízo de política legislativa, entendeu que produziria maiores benefícios frente à restrição imposta (e.g. crime de perigo na condução de veículo automotor, proteção do menor hipossuficiente, segurança pública diante de quem se apresenta em estado de embriaguez, etc.).

“Ademais, sob o ponto de vista da Forma de Estado Brasileiro, a norma também deve ser declarada materialmente inconstitucional.

“Sob mais esse aspecto, a restrição pretendida pela norma a um determinado comportamento (socialmente aceito) esbarraria na Forma Federativa do Estado Brasileiro, em que aos municípios compete legislar sobre assuntos locais.

“Entretanto, não se verificam características peculiares do Município de Cascavel que reclamam uma medida destoante da adotada por outros municípios integrantes da mesma realidade geopolítica, sendo, portanto, desproporcional a norma.

“Muito embora a exposição de motivos da lei (fl. 12) tenha utilizado o exemplo de proibição imposto pelo país do Canadá, deve ser ponderado que se trata de uma outra realidade jurídica: uma Monarquia Constitucional formada por províncias e territórios, cada qual com autogoverno, onde alguns se utilizam do sistema “civil law” e outros do sistema “common law”, caracterizando o que a doutrina denomina de Federalismo Assimétrico (LENZA, Pedro. Direito Constitucional. Editora Saraiva, 17ª ed., P. 448).

“Ao contrário, o Estado Brasileiro, estruturado em Forma Federativa Simétrica e Centrífuga, deve pautar-se por comportamentos uniformes em todo o seu território, salvo peculiaridades locais.

“Por isso, neste momento, deve ser considerada a existência da Política Nacional sobre o Álcool, Decreto n.

6.117/2007, que ‘dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e criminalidade, e dá outras providências’.

“Referida norma (de abrangência nacional) estabeleceu como diretriz política a restrição espacial e temporal do consumo de bebidas alcoólicas em locais de maior vulnerabilidade às situações de violência e danos sociais (art. 6º, item 13, do anexo I2).

“Dessa forma, tendo em vista tratar-se de uma substância lícita no Brasil, a política nacional sobre consumo de bebidas alcoólicas admite a intervenção estatal em situações em que a restrição à liberdade individual mostra-se efetivamente necessária, sob pena de inconstitucionalidade material.

“Referida orientação pode ser verificada no precedente deste egrégio Órgão Especial, quando se entendeu pela constitucionalidade da norma do Município de Maringá que proíbe o consumo de bebidas alcoólicas no entorno de 150 metros dos estabelecimentos de ensino superior (TJPR - Órgão Especial - AI nº 641.399-0 - Rel. Des. Mário Helton Jorge - J. 18.03.2011).

“Trata-se de julgado que considerou o peculiar bem jurídico protegido (atividade de ensino superior) e que, por isso, reclamaria uma intervenção estatal.

“De consequência, cabe ao Poder Judiciário analisar o presente caso sob a ótica de regularidade da norma diante do seu tecnicismo e também do alcance social, sem adequação quanto a valores basicamente morais, pois este campo é de dimensão heterogênea, ou seja, os seus valores podem diferir em relação ao ambiente social apresentado, mas havendo, mesmo assim, um núcleo básico de configuração e estruturação, razão pela qual se conclui sobre a validade de uma norma ou não quando esta consegue alcançar o maior universo possível de heterogeneidade e não apenas de homogeneidade. Se a sua adequação se dá apenas pelo interesse de um pequeno grupo social ou ideológico, a lei, no seu arcabouço sistêmico, foge do ambiente teleológico pensado, atendendo apenas a uma gama que pode não corresponder a um padrão médio comportamental.

“Nesses termos, diante de todo o exposto, voto no sentido de julgar procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.261.686-7, a fim de declarar a inconstitucionalidade formal do artigo 5º e reconhecer a inconstitucionalidade material dos demais dispositivos do diploma normativo” (TJPR - ADI n. 1.261.686-7, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, Rel. Des. Designado Luiz Osório Moraes Panza, julgada em 1º/06/2015 - grifou-se).

Portanto, nesse ponto, julga-se procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei n. 4.080, de 10/02/2015, do Município de Lages, e sua posterior alteração, por ofensa ao art. 4º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, e ao princípio da proporcionalidade.

Da ofensa ao princípio da livre iniciativa

O art. 1º, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, também veda a comercialização de bebidas alcoólicas de qualquer graduação em logradouros públicos do Município de Lages, daí por que, de acordo com o autor desta ação direta de inconstitucionalidade, a medida “foge da razoabilidade, porquanto não há justificativa lógica que possibilite a mitigação do princípio de livre iniciativa para a preservação da ordem pública pela mera não comercialização local de bebidas alcoólicas” e, por isso, a lei questionada malfez o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 1º, inciso V, 134 e 135, da Constituição Estadual; arts. 1º, inciso IV, e 170, inciso IV, da CF).

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, acerca do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, leciona:

“Igualmente relevante entre os princípios fundamentais da atividade econômica, a livre concorrência está intimamente ligada ao princípio da livre iniciativa, que a Carta Política de 1988 inscreveu entre os fundamentos da ordem econômica, como assinala o citado Gastão Alves de Toledo, para quem, enquanto a livre iniciativa aponta para a liberdade política, que lhe serve de fundamento, a livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em um determinado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

“No mesmo sentido, com a argúcia e a elegância de costume, Miguel Reale acentua que a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos complementares mas essencialmente distintos, o que não impede, antes recomenda, sejam analisadas em suas implicações recíprocas, como revela a passagem a seguir, recolhida em uma de suas obras dedicadas ao estudo da constituição econômica na Carta Política de 1988:

“Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170’.

“Já o conceito de livre concorrência tem caráter meramente instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quais quer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros” (Curso de Direito Constitucional. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1409/1410).

Portanto, o art. 1º, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, ao proibir a comercialização de bebidas alcoólicas de qualquer graduação nos locais que indica, restringe indevidamente a liberdade de iniciativa (arts 1º, inciso V, 134 e 135, § 4º, da CE; art. 170, inciso IV, da CF), sobretudo porque, nos termos do § 4º do art. 135 da Constituição do Estado de Santa Catarina “a lei estimulará a livre iniciativa e a livre concorrência, reprimindo os abusos do poder econômico”.

Assim, se o próprio texto constitucional (art. 135, § 4º, da CE) determina que a lei deverá estimular a livre iniciativa e a livre concorrência, não se mostra razoável nem proporcional proibir a comercialização de bebidas alcoólicas nos locais públicos indicados pela lei questionada, razão pela qual o art. 1º, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, alterada pela Lei n. 4.221/2017, nesse ponto, também é inconstitucional por ofender os arts. 1º, inciso V, 134 e 135, § 4º, da Constituição Estadual, bem como o princípio da proporcionalidade.

Da imputação do crime de responsabilidade ao Prefeito

O autor da ação direta de inconstitucionalidade alega que “não obstante seja privativa competência da União para legislar sobre Direito Penal, o Município de Lages, no artigo 5º, § 1º, da Lei Municipal n. 4.080/2015, dispõe que: ‘Comete crime de responsabilidade, de acordo com o art. 1º, XIV, do Decreto-LEI N° 201/67, o Prefeito que não regulamentar esta Lei dentro do prazo fixado no caput e no art. 7º desta Lei, sem prejuízo das demais sanções político-administrativa porventura cabíveis’”,

daí por que sustenta que “o Município de Lages transbordou os limites da competência que lhe foi conferida para tratar de assuntos de interesse local (art. 30, inciso I da Constituição Federal, e o artigo 112, inciso I, da Constituição Catarinense)”.

Razão lhe assiste.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que o art. 5º, caput, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, ao determinar que “É obrigação do Poder Executivo a fiscalização do contido nesta Lei, devendo aplicar, por cada infração ao disposto no art. 2º, e de acordo com regulamento, multa equivalente a 1/2 (meia) UFML a cada pessoa que estiver consumindo a bebida alcoólica e 5 (cinco) UFML ao vendedor da bebida alcoólica, duplicadas ambas as sanções, a cada reincidência. (Redação dada pela Lei nº 4221/2017), violou o art. 32, da Constituição Estadual (art. 2º, da CF).

Registre-se que, embora o autor desta ação direta de inconstitucionalidade não tenha suscitado na petição inicial a ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 32, da CE; art. 2º, da CF), o Supremo Tribunal Federal tem orientado que “a causa de pedir, no controle objetivo de normas, é aberta, o que significa dizer que a adequação ou não de determinado texto normativo é realizada em cotejo com todo o ordenamento constitucional vigente ao tempo da edição do dispositivo legal [...]” (STF – ADI n. 5.180 AgR/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 13/06/2018).

Portanto, a causa de pedir aberta das ações de controle concentrado de constitucionalidade, autoriza o Poder Judiciário a confrontar a norma questionada com o ordenamento constitucional, examinando-a, inclusive, frente a dispositivos constitucionais que não tenham sido invocados pelo autor da ação direta, como é o caso do art. 32, da Constituição Estadual (art. 2º, da CF).

Ao Município, como cediço, é assegurada a autonomia política, da qual decorrem a capacidade de auto-organização que se materializa na elaboração de lei orgânica própria (também denominada de Constituição Municipal), e a capacidade de autogoverno representada pela “eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País” (art. 29, inciso I, da CF/1988, e art. 111, incisos I e III, da CE/1989).

O governo municipal, portanto, é constituído pelo Poder Executivo, exercido pelo Prefeito, e pelo Poder Legislativo, exercido pela Câmara Municipal, que são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, da CF/1988, art. 32, da CE/1989) e, portanto, “todo ato do prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do prefeito – é nulo, por ofensivo do princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º, c/c o art. 31), podendo ser invalidado pelo Judiciário” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 727).

Aliás, não é demasiado rememorar, a respeito da função normativa da Câmara de Vereadores e da executiva atribuída ao Prefeito, a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

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

“A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução.

Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito.

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

“[...]”

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

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

“Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos - e convém se repita - que o Legislativo provê in genere, o Executivo in specie; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem providões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental”. (Direito Municipal Brasileiro. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 617/618 - original sem grifo)

Este Tribunal de Justiça, a respeito da impossibilidade de o Poder Legislativo impor atribuições ao Poder Executivo, tem orientado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 14.460/08. [...] MÉRITO. NORMATIVO QUE INSTITUI O SELO CATARINENSE DE BIOCOMBUSTÍVEIS. OUTORGA DA MARCA DISTINTIVA QUE PRESSUPÕE A VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS DESCRITOS NA LEI. CRIAÇÃO DE NOVAS ATRIBUIÇÕES AO EXECUTIVO. PROPOSTA DE LEI, TODAVIA, DE AUTORIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. VÍCIO FORMAL EVIDENTE. INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 32, 50, § 2º, VI E 71, IV, A, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE SANTA CATARINA. PEDIDO INICIAL PROCEDENTE (TJSC - ADI n. 2011.008395-0, da Capital, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, julgada em 21/09/2011).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INÉPCIA DA INICIAL. PRELIMINAR AFASTADA. LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR QUE IMPÕE AO PODER EXECUTIVO A PUBLICAÇÃO DE DETERMINADOS ATOS NA INTERNET. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PREFEITO. USURPAÇÃO. RECONHECIMENTO.

“A alegação de inépcia da petição inicial assinada somente pelo Procurador-Geral do Município, sob o fundamento de que apenas o Prefeito detém legitimidade ativa e de que ao Procurador compete a defesa da norma, há que ser afastada porque há nos autos procuração com poderes específicos outorgada pelo autor da ação e porque a defesa da lei não é obrigatória quando a Corte já tenha declarado a procedência de pedido idêntico.

“A Lei municipal de origem parlamentar que impõe ao Poder Executivo a obrigação de publicar atos da

administração em sítio eletrônico na internet é formalmente inconstitucional porquanto resta caracterizada a usurpação da competência privativa do Prefeito Municipal” (TJSC – ADI n. 2010.001760-4, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Salim Schead dos Santos, julgada em 1º/08/2012).

Logo, o art. 5º, caput, da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, de origem parlamentar, alterada pela Lei n. 4.221/2017, que impôs ao Poder Executivo Municipal a obrigação de fiscalizar o conteúdo da referida lei, bem como a de aplicar multa àqueles que infringirem o disposto no seu art. 2º, é inconstitucional por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 32, da CE; art. 2º, da CF).

De igual modo, o § 1º do art. 5º da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, alterada pela Lei n. 4.221/2017, é inconstitucional por ofensa aos arts. 1º (princípio federativo), e 112, inciso I (legislar sobre assuntos de interesse local), da Constituição Estadual, porque imputa ao Prefeito a prática do crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967, no caso de não regulamentar a lei questionada nesta ação direta de inconstitucionalidade no prazo que ela fixa.

ALEXANDRE DE MORAES, referindo-se aos crimes de responsabilidade cometidos por prefeito, ensina:

“Em relação, entretanto, aos chamados crimes de responsabilidade cometidos pelo prefeito Municipal, primeiramente há necessidade de classificá-los em próprios e impróprios. Enquanto os primeiros são infrações político-administrativas, cuja sanção corresponde à perda do mandato e suspensão dos direitos políticos previstos no art. 4º do Decreto-lei n. 201, de 1967, os segundos são verdadeiras infrações penais, apenados com penas privativas de liberdade e previstos no artigo 1º do mesmo decreto-lei.

“[...] havendo necessidade de que a previsão de tais infrações emane de lei federal, pois entende o Supremo Tribunal Federal que a definição formal dos crimes de responsabilidade insere-se, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União” (Direito Constitucional. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 287/288).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, acerca da repartição de competências legislativas, ensina:

“A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal. São notórias as dificuldades quanto a saber que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios.

“[...]”

“A nossa Constituição [...] buscar realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamente na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 477/479).

A Constituição Federal, no seu art. 22, inciso I, estabelece que “compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico,

espacial e do trabalho”; e a “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (parágrafo único do art. 22 da CF).

ALEXANDRE DE MORAES, discorrendo sobre o dispositivo constitucional transcrito, ensina:

“A Constituição Federal prevê nos 29 incisos do art. 22 as matérias de competência da União, definindo preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal e demonstrando clara supremacia em relação aos demais entes federativos, em virtude da relevância das disposições.

“Anotese que a característica de privatividade permite a delegação, de acordo com as regras do parágrafo único do citado artigo.

“[...]

“A Constituição faculta à União, no art. 22, parágrafo único, a delegação de assuntos de sua competência legislativa privativa aos Estados, desde que satisfeitos três requisitos:

“requisito formal: a delegação deve ser objeto de lei complementar devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

“requisito material: somente poderá ser delegado um ponto específico dentro de uma das matérias descritas nos vinte e nove incisos do art. 22 da Constituição Federal, pois a delegação não se reveste de generalidade, mas de particularização de questões específicas, do elenco de matérias incluídas na privatividade legislativa da União. Assim, nunca se poderá delegar toda a matéria existente em um dos citados incisos;

“requisito implícito: o art. 19 da Constituição Federal veda a criação por parte de qualquer dos entes federativos de preferências entre si. Dessa forma, a Lei Complementar editada pela União deverá delegar um ponto específico de sua competência a todos os Estados, sob pena de ferimento do princípio da igualdade federativa. Como ressalta Anna Cândida da Cunha Ferraz,

“finalmente, a transferência de competência privativa para os Estados mesmo para as questões específicas, não poderá ser desigual em número, profundidade ou complexidade, sequer para atender à diversidade entre os Estados, em face do princípio da igualdade de tratamento tradicionalmente assegurado às entidades federadas no Brasil e não suprimindo ou excepcionado pelo texto vigente” (Direito Constitucional. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 305/307).

Portanto, a União, por meio de lei complementar, poderá delegar matérias de sua competência privativa, como se infere do parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, para os Estados, mas não para os Municípios, vale dizer, os Municípios não têm competência para legislar sobre crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas dos Prefeitos (direito penal).

Os Municípios, como previsto na Constituição Federal e na Constituição Estadual têm competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” (art. 30, inciso I, da CF; art. 112, inciso I, da CE), bem como para “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, inciso II, da CF; art. 112, inciso II, da CE).

HELY LOPES MEIRELLES ensina que “interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional

ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o ‘interesse local’, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União” (Direito Municipal Brasileiro. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111).

Contudo, não podem os Municípios (Prefeito ou Câmara de Vereadores) legislar sobre crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, porque em relação a essa matéria não há predominância do interesse municipal sobre os interesses da União e dos Estados, ou seja, não há prevalência do interesse local.

Por isso, o § 1º do art. 5º da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, ao dispor sobre crimes de responsabilidade e infração político-administrativa do Prefeito, contrariou o disposto no art. 112, inciso I, da Constituição Estadual (art. 30, inciso I, da CF), porque a matéria não se insere nos assuntos de interesse local.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito, assim decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS VI, VIII, XII, XIV e XV DO ARTIGO 61 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE VALE VERDE. INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS. DECRETO-LEI N. 201/67. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL SOBRE MATÉRIA ESTRANHA AO INTERESSE LOCAL E DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO (ART. 30, I, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS IMPUGNADAS FRENTE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL EM FACE DO DISPOSTO EM SEU ARTIGO 8º. PRECEDENTES SOBRE O TEMA DISCUTIDO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE” (TJRS – ADI n. 70013199609, Porto Alegre, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, julgada em 23/01/2006 – destaque aposto).

Dos fundamentos do voto extrai-se:

“Isso demonstra inequivocamente que o Município legislou, indevidamente, sobre matéria estranha ao seu interesse local, da competência da União.

“Num primeiro momento poderia parecer que o vício estaria materializado apenas perante a Carta Federal.

“Ocorre que a Constituição Estadual obriga os Municípios a observar os princípios estabelecidos em ambas as Constituições, Federal e Estadual (art. 8º). Assim, todos os princípios consagrados na Carta Magna são obrigatoriamente adotadas pela Constituição Estadual e, por via de consequência, devem ser respeitados pelos Municípios. Tendo a normativa municipal impugnada derrespeitado princípio insculpido na Carta Federal, terá necessariamente violado a Constituição Estadual. Por isso é possível reconhecer-se a inconstitucionalidade frente à Carta Estadual. No caso, a ofensa dá-se à norma que inclui na competência legislativa municipal apenas os assuntos ligados a seu interesse local (art. 30, I, da CF).

“As normas constitucionais que encerram princípios presumem-se implícitas nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais.

“É o que se retira do acórdão que julgou a ADIN nº 593110141, da lavra do eminente Desembargador Cacildo de Andrade Xavier, que transcreveu parte do parecer do Ministério Público, onde se diz que ‘a teor do disposto nos arts. 8º e 10 da Carta estadual, os princípios da separação dos poderes e o da competência são gerais, de estrita observância em todos os níveis, isto é, federal, estadual e municipal. A simetria é inafastável, pois se a unidade política, que é o estado, não pode conflitar com o ordenamento jurídico fundamental, idêntico procedimento é exigível dos Municípios quanto à iniciativa do processo legislativo e demais princípios consagrados em ambas as Constituições’ (RJTJRS 167/178).

“Estabelecidas essas distinções, é forçoso reconhecer a manifesta inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, porquanto não pode o Município legislar a respeito de matéria estranha à sua competência (art. 30, I, da CF), reservada à União. Em assim o fazendo, incorreu em afronta ao art. 8º, caput, da Constituição estadual, segundo o qual o Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, rege-se-á por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

“O processo legislativo e a reserva de competência para desencadeá-lo são, sem dúvida, princípios constitucionais de obrigatoria observância tanto pelos estados quanto pelos Municípios” (TJRS – ADI n. 70013199609, Porto Alegre, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, julgada em 23/01/2006 – grifo aposto).

Portanto, o § 1º do art. 5º da Lei n. 4.080/2015, alterada pela Lei n. 4.221/2017, do Município de Lages, é inconstitucional por ofensa ao art. 112, inciso I, da Constituição Estadual, porque a matéria relativa ao crime de responsabilidade e à infração político-administrativa, é estranha à competência legislativa do Município, ou seja, não se insere nos assuntos de interesse predominantemente local.

Não fora isso, a Constituição Estadual, em simetria com a Constituição Federal (arts. 1º e 18), adotou o princípio ou pacto federativo, determinando que “o Estado de Santa Catarina, unidade inseparável da República Federativa do Brasil, formado pela união de seus Municípios, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preservará os princípios que informam o estado democrático de direito [...]” (art. 1º).

E, no art. 111, a Constituição Estadual diz que “o Município rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição [...]”, vale dizer, os Municípios devem observar os princípios insculpidos na Constituição Federal e na congênere Estadual, dentre eles o princípio ou pacto federativo (art. 1º, da CE).

O Supremo Tribunal Federal já deixou assente que “as regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse” (STF - ADI n. 5.462/RJ, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 29/10/2018), daí por que, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas (direito penal).

Aliás, o enunciado da Súmula Vinculante n. 46, do Supremo Tribunal Federal, determina que “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União”.

O Município, ao dispor sobre matéria de competência privativa da União, também malferiu as regras constitucionais de repartição de competências legislativas e, por conseguinte o princípio ou pacto federativo (art. 1º, da CE), o que torna inconstitucional a lei questionada nesta ação direta de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*, decidiu que “a lei estadual que ultrapassa os limites da lei delegadora de competência privativa da União é inconstitucional, por ofensa direta às regras constitucionais de repartição da competência legislativa” (STF – ADI n. 4.375/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/06/2011).

Nesse passo, há que se declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 5º da Lei n. 4.080/2015, do Município de Lages, alterada pela Lei n. 4.221/2017, por ofensa aos arts. 1º e 112, inciso I, da Constituição Estadual.

Da inconstitucionalidade por arrastamento dos demais dispositivos da lei questionada

Em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 5º, § 1º, da Lei n. 4.080/2015, alterada pela Lei n. 4.221/2017, ambas do Município de Lages, também devem ser declarados inconstitucionais, pela técnica do arrastamento, os arts. 2º, parágrafo único, 3º, 4º, parágrafo único, §§ 2º e 3º do art. 5º, 6º, parágrafo único, 7º, 8º e 9º, da Lei n. 4.080/2015, alterada pela Lei n. 4.221/2017, mormente porque não possuem existência autônoma.

O Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade por arrastamento, orienta:

“Constatada a ocorrência de vício formal suficiente a fulminar a Lei estadual ora contestada, reconheço a necessidade da declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de sua respectiva regulamentação, materializada no Decreto 6.253, de 22.03.06. Esta decorrência, citada por CANOTILHO e minudenciada pelo eminente Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 437-QO, DJ 19.02.93, ocorre quando há uma relação de dependência de certos preceitos com os que foram especificamente impugnados, de maneira que as normas declaradas inconstitucionais sirvam de fundamento de validade para aquelas que não pertenciam ao objeto da ação. Trata-se exatamente do caso em discussão, no qual “a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei a que refere o decreto executivo (...) implicará o reconhecimento, por derivação necessária e causal, de sua ilegitimidade constitucional” (voto do Min. Celso de Mello na referida ADI 437-QO). No mesmo sentido, quanto à suspensão cautelar da eficácia do ato regulamentador, a ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90” (STF – ADI n. 3.645/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 31/05/2006 – destaque apostro).

“Também o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, fica condicionado ao ‘princípio do pedido’. Todavia, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subsequentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade ‘por arrastamento’ ou ‘por atração’ (STF – ADI n. 2.895/AL, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgada em 02/02/2005 – grifou-se).

Logo, em razão da inconstitucionalidade do art. 1º e do art. 5º e § 1º, da Lei n. 4.080/2015, alterada pela Lei n. 4.221/2017, ambas do Município de Lages, declaram-se inconstitucionais, por arrastamento, os demais dispositivos da lei questionada.

Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

No que diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o art. 17, da Lei Estadual n. 12.069, de 27/12/2001, que repete a norma do art. 27, da Lei Federal n. 9.868/1999, estabelece que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

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

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

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

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

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

“[...]

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

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

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

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

“SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Desta forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos” (Direito Constitucional. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 688/690).

Na espécie, com fundamento no art. 17, da Lei Estadual n. 12.069/2001, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do inciso VI do art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 204, de 08/01/2001, são ex tunc e erga omnes, não cabendo modulação.

Pelo exposto, em razão da nítida ofensa aos arts. 1º, caput, e inciso V, 4º, 32, 112, inciso I, 134 e 135, § 4º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, e ao princípio da proporcionalidade, julga-se procedente o pedido para declarar, com efeitos ex tunc e erga omnes, a inconstitucionalidade dos arts. 1º, 5º, § 1º, da Lei n. 4.080, de 10/02/2015, alterada pela Lei n. 4.221, de 05/10/2017, ambas do Município de Lages e, por arrastamento, também são inconstitucionais os demais dispositivos da lei questionada.

Mandado de Segurança n. 4013497-59.2018.8.24.0900, de Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO PARA JUIZ LEIGO INDENIZADO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROVA OBJETIVA. COBRANÇA DE MATÉRIA NÃO PREVISTA NO EDITAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA DE RECOGNIÇÃO DOS CRITÉRIOS SUBJETIVOS DE CORREÇÃO DE PROVA. POSSIBILIDADE DE SINDICÂNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO. CONCESSÃO DA ORDEM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4013497-59.2018.8.24.0900, da comarca de Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Capital) em que é Impetrante Helena Grassi Fontana e Impetrado Presidente da Comissão do Processo Seletivo para Juiz Leigo Indenizado TJSC:

O Órgão Especial decidiu, por maioria de votos, conceder a segurança, nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 19 de setembro de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos, Des. Sérgio Izidoro Heil, Desa. Soraua Nunes Lins, Des. Henry Petry Júnior, Des. Roberto Lucas Pacheco, Des. Francisco Oliveira Neto, Des. Hélio do Valle Pereira, Des. Artur Jenichen Filho, Des. Júlio César M. Ferreira de Mello, Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Cláudio Barreto Dutra, Des. Luiz César Medeiros, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Monteiro Rocha, Des. Marcus Túlio Sartorato, Des. Ricardo Fontes e Des. Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 20 de setembro de 2018.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

RELATÓRIO

Helena Grassi Fontana, em causa própria, impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente da Comissão do Processo Seletivo para Juiz Leigo Indenizado do TJSC, narrando na inicial que:

No dia 18/03/2018, a candidata Impetrante prestou prova de processo seletivo para o provimento do Cargo de Juiz Leigo Indenizado para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, regulado pelo Edital n. 31/2017.

No entanto, ao avaliar a correção de sua prova, constatou que foram cobradas 2 (duas) questões referentes às matérias não prevista no edital, conforme será demonstrado adiante.

Trata-se de ato ilegal da autoridade coatora, visto que o edital vincula a prova, e que trouxe prejuízo à impetrante,

pois somente não avançou à próxima etapa do concurso (correção da prova de sentença) em razão de ter alcançado nota 5,875, sendo exigido no edital nota mínima de 6,00, isto é, sua prova de sentença não será corrigida por causa de 1 (uma) única questão.

Portanto, resta caracterizado o direito líquido e certo da Impetrante, devendo ser concedida a segurança para anular as referidas questões, atribuindo à impetrante a pontuação correspondente, permitindo, assim, que a sua prova de sentença [redigida no mesmo dia da aplicação da prova objetiva] seja corrigida.

Finalizou postulando a concessão do benefício da justiça gratuita e o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos do ato administrativo impugnado, determinando ao Impetrado que proceda a habilitação da Impetrante nas próximas etapas do processo seletivo, e conseqüentemente, proceda a correção da sentença e a participação na prova de títulos.

Pela decisão de folhas 248/252, concedi o benefício da justiça gratuita e deferi a liminar para que a banca recalculasse a nota da prova objetiva da impetrante desconsiderando as questões 49 e 67.

Prestadas as informações (258/273) e interposto agravo pela Procuradoria-Geral do Estado (fls. 1/7, autos dependentes), que foi recebido sem juízo de retratação, a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou (fls. 280/286) no sentido da concessão parcial da ordem para anular a questão 67, por desrespeito ao edital, mantendo-se íntegra a questão 49.

Indeferido pedido de intervenção de terceiros formulado por Jonathan Júnior Antunes de Oliveira (fls. 328/329), candidato no mesmo concurso, vieram os autos conclusos.

VOTO

O voto é pela concessão da segurança.

Na linha da jurisprudência desta Corte e dos tribunais superiores, o Poder Judiciário pode proceder à reconhecimento de questão de concurso público quando se deparar com vício de legalidade, erro material ou desvio de previsão editalícia, sem adentrar, pois, no controle do critério subjetivo de correção empregado pela banca (cf: TJSC - MS 4002378-85.2018.8.24.0000, minha relatoria).

Veja-se:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA CIVIL. PROVA OBJETIVA. ABORDAGEM DE MATÉRIA NÃO PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME NAS QUESTÕES 05 E 34. ATO ÍRRITO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PLEITO MANTIDA. APELO E REMESSA DESPROVIDOS.

‘A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos que regem os concursos públicos, principalmente em relação à observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital’ (STJ - Recurso em Mandado de Segurança n. 28.854/AC, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 9.6.2009). Assim, tendo havido, no caso dos autos, a formulação de questões envolvendo matérias não previstas no edital deflagratório do certame, é de confirmar-se a sentença concessiva da ordem, que anulou tais questões e determinou a reavaliação da nota do impetrante’ (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.031770-5, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 27-10-2015) (TJSC, ACv. 0302964-53.2015.8.24.0023, Rel. Des. Cid Goulart).

Na espécie dos autos, os documentos juntados com a inicial demonstram que a prova objetiva cobrou dos candidatos duas questões relacionadas com competência em matéria de direito constitucional que não estavam previstas expressamente no edital de convocação para o certame.

Eis a redação da questão 49, cuja resposta correta está indicada na alínea ‘B’ subsequente:

49. Tício, acusado de sonegação fiscal de imposto de renda e de ICMS, foi denunciado perante a Y a Subseção Judiciária da Justiça Federal de Florianópolis. A denúncia foi recebida pelo Juiz, sendo determinada a citação do acusado. Citado, em sede de resposta à acusação, Tício juntou o comprovante do recolhimento integral do débito relativo ao imposto de renda, pleiteando pela extinção da suposta punibilidade. O Juiz, com base no pagamento integral do débito federal, declara extinta a punibilidade quanto ao crime de sonegação fiscal de imposto de renda. Por entender remanescer a punibilidade do crime de sonegação relativo ao imposto de ICMS, o Juiz determina a remessa da ação penal para a Justiça Estadual, declarando a incompetência da Justiça Federal. Recebidos os autos na Justiça Estadual, distribuídos para o Juízo da X a Vara da Comarca de Florianópolis, este se declarou incompetente, suscitando conflito negativo de competência. No entender do Juízo da X a Vara da Comarca de Florianópolis, a Justiça Federal é competente para julgar a ação penal, em vista da prorrogação de competência.

Com base na situação hipotética, assinale a alternativa correta.

(A) O conflito de competência, a fim de declarar qual jurisdição é competente para julgar a ação penal relativamente ao crime de sonegação de imposto de ICMS, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

(B) O conflito de competência, a fim de declarar qual jurisdição é competente para julgar a ação penal relativamente ao crime de sonegação de imposto de ICMS, será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

(C) O conflito de competência, a fim de declarar qual jurisdição é competente para julgar a ação penal relativamente ao crime de sonegação de imposto de ICMS, será julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(D) Uma vez que a extinção da punibilidade do crime de competência federal foi declarada antes de iniciada a instrução processual, descabe falar em prorrogação de competência. Correta a remessa da ação penal para a Justiça Estadual.

(E) A competência da Justiça Federal é definida em função da natureza da infração praticada ou da pessoa do autor ou vítima, descabendo falar em prorrogação. Correta a remessa da ação penal para a Justiça Estadual (fl. 90).

Eis o texto da questão 67, cuja resposta está assinalada na alínea **D**:

67. Havendo uma causa a qual tramita junto à Justiça Estadual que trata de grave violação de direitos humanos, de grande repercussão, que, inclusive, apresenta risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais, essa causa

(A) somente transitará em julgado após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, com a obrigatoria interposição de recurso extraordinário do Ministério Público, quanto à denúncia de grave violação dos direitos humanos.

(B) poderá ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal para ser processada e julgada pelos seus Ministros, em qualquer fase do processo.

(C) deverá ter acompanhamento obrigatório do organismo internacional competente, que venha a afastar eventual desídia na decisão da justiça brasileira sobre a grave violação dos direitos humanos.

(D) poderá ser deslocada para a Justiça Federal, a pedido do Procurador Geral da República, perante o STJ, atendidas as exigências legais.

(E) deverá ter o acompanhamento do Ministério Público Federal em todas as instâncias, a fim de assegurar que as instâncias e autoridades locais possam dar respostas efetivas ao caso (fl. 95).

Como se vê das transcrições, ambas as questões cobraram dos candidatos matéria relacionada com jurisdição e competência inseridas na CF/88 na parte dedicada ao Poder Judiciário (Capítulo III da CF/88).

A resposta da questão 49 está no artigo 105, II, da CF/88, assim redigido:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: [...] d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o', bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

E a resposta da questão 67 figura no artigo 109, V, § 5º da CF/88, que assim dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Em análise do edital (fls. 52/55), vê-se, como antes mencionado, que essas matérias não estão destacadas expressamente no rol dos assuntos previstos para as provas de direito processual penal e direito constitucional, como se observa da seguinte transcrição da lei interna do concurso:

Direito processual Penal

1. Princípios processuais explícitos e implícitos na Constituição Federal: presunção da inocência; devido processo legal; ampla defesa; plenitude da defesa; contraditório; acesso à justiça; juiz natural; publicidade e motivação; vedação das provas ilícitas; economia processual (duração razoável do processo e da prisão cautelar); duplo grau de jurisdição; promotor natural; obrigatoriedade da ação penal pública e indisponibilidade da ação penal; oficialidade; intranscendência; e princípio da reserva da jurisdição.

2. Princípios Processuais Penais; busca da verdade real; oralidade; identidade física do juiz; indivisibilidade da ação penal privada; comunhão da prova; impulso oficial; e persuasão racional.

3. Fontes do processo penal; conceito de fonte; fontes materiais; fontes formais.

4. Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41); Livro I (artigos 1º a 3º, 70 a 281, 381 a 393); Livro II (artigos 503 a 555); e Livro III (artigos 563 a 573).

Direito Constitucional

1. Estado. Origem. Formação. Conceito e elementos. Forma de Estado. Formas de Governo. Sistemas de Governo.

2. Direito Processual Constitucional. Constituição e Processo. Direito Constitucional Processual. Sistema jurídico. Supremacia constitucional. Nulidade. Conceito de Constitucionalidade; Controle de Constitucionalidade: Conceito, requisitos e espécie de Controle de Constitucionalidade. Controle Difuso. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Súmula Vinculante. Repercussão Geral. Controle Concentrado. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Controle de Constitucionalidade no âmbito estadual. Writs Constitucionais: Habeas Corpus. Habeas Data. Mandado de Injunção. Mandado de Segurança. Ações Constitucionais.

3. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

4. Organização do Estado e do Poder. Federação Brasileira. União. Competência da União. Regiões Administrativas e de Desenvolvimento. Estados-Membros. Formação dos estados- membros. Competência dos Estados-Membros. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Repartição das Competências. Intervenção. Intervenção Federal. Intervenção Estadual.

5. Direitos e Garantias Fundamentais. Evolução. Características. Aplicabilidade. Direitos Humanos e Conflitos entre Direitos Fundamentais. Direitos Individuais e Coletivos. Direitos Sociais. Os mecanismos de participação do cidadão, do povo e da sociedade na vida política e administrativa brasileira.

6. Ordem social. Seguridade social. Educação. Cultura. Desporto. Ciência e Tecnologia. Comunicação Social. Meio Ambiente. Família, Criança, Adolescente e Idoso. Direito à Proteção Especial.

7. Ordem Econômica e Financeira. Princípios. Sistema Financeiro Nacional. Intervenção do Estado. Da política Urbana. Da política Agrícola.

8. Súmulas dos Tribunais Superiores (STJ e STF).

A autoridade coatora e a Procuradoria-Geral do Estado pretendem ilidir a pretensão da impetrante argumentando que as matérias cobradas nas questões 49 e 67 estão previstas implicitamente em outros pontos do edital, tanto na parte relativa ao processo penal, quanto naquela dedicada ao direito constitucional, tais como o princípio do juiz natural, a temática dos direitos humanos, o direito processual constitucional e o direito constitucional processual, além da previsão expressa dos artigos 70 a 281 do CPP, especialmente os artigos 113 a 117, que albergam o capítulo destinado ao “conflito de jurisdição”.

Contudo, no tocante a essa argumentação, vale repisar o entendimento que manifestei por ocasião da concessão da medida liminar: ainda que, em tese, se possa defender que as matérias cobradas nas questões 49 e 67 possam estar inseridas implicitamente em pontos gerais do Edital, este, enumerando analiticamente a matéria passível de ser cobrada dos candidatos, deve informar, de forma explícita, e não implícita, os assuntos que poderão ser abordados na prova.

Aliás, e como também já abordado liminarmente, veja-se que a impetrante trouxe aos autos editais de outros concursos, inclusive o da magistratura organizado por este Tribunal, evidenciando que, quando considerados pertinentes pela banca, os assuntos abordados pelas duas questões mencionadas são inseridos de forma expressa no respectivo edital convocatório (cf. doc. Fls. 120/165, especialmente folha 156), de modo a explicitar, de forma clara e precisa, sem exercício de adivinhação, as matérias que podem ser cobradas na licitação.

À guisa de ilustração, desejando a banca de determinado concurso questionar os candidatos acerca

das matérias que foram apresentadas no concurso a que se submeteu a ora impetrante, inscreveu-se no respectivo edital de abertura, trazido aos autos por ela, o seguinte:

Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Competência. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Súmula Vinculante. Superior Tribunal de Justiça. Competência. Recurso Especial. Conselho Nacional de Justiça [...].

Portanto, considerando que a repostas das questões mencionadas na inicial estão localizadas em capítulo da CF/88 não previsto no Edital como matéria passível de ser arguida no certame, se a administração desejava cobra-las dos candidatos, deveria, a exemplo dos editais trazidos pela impetrante, menciona-las expressamente na lei interna do concurso.

A medida é justa com os candidatos, que devem ver no edital o norte da preparação e da organização do seus estudos.

Presta-se, outrossim, ao escalonamento dos certames de acordo com o grau de complexidade e de responsabilidade dos cargos a serem preenchidos, impedindo, por exemplo, que a tônica aberta de edital para o provimento de vagas para concurso de média complexidade permita a elaboração de prova com a mesma complexidade de concurso voltado ao provimento de vagas destinadas a carreiras de estado, como o da Magistratura ou o do Ministério Público.

E, acima de tudo, a medida homenageia a publicidade, a confiança do administrado na administração pública, a isonomia, a eficiência e até mesmo a probidade dos concursos públicos, evitando a publicação de editais elípticos, obscuros, reticentes ou até mesmo direcionados.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça concorda com o raciocínio acima proposto quanto à questão 67, assinalando em seu parecer:

[...].

em que pese tenha a comissão do concurso optado por um conteúdo programático descritivo, tratando das diversas disciplinas de maneira pontual, denota-se que o tema referente a competência jurisdicional, objeto da citada questão, não foi expressamente mencionado no edital. Logo, tal ponto não poderia ser cobrado dos candidatos.

Tem-se, desta maneira, que a formulação da questão extrapolou os limites do edital, apresentando-se, por isso, como ilegal, na medida em que foi exigido do candidato o conhecimento de matéria não inserida na regra basilar do concurso.

Importante sublinhar, portanto, que a inserção de tema não contido no Edital em alternativa de uma questão, ainda que não seja considerada correta, afronta o contido no instrumento convocatório e, sobretudo, o Princípio da Legalidade.

Como o edital constitui a lei interna do concurso, escolhidos os conteúdos (princípio da legalidade), deve estar incluído tão-somente o que está expressamente elencado. Portanto, as questões n. 49 e 67 devem ser consideradas sem efeito para o cômputo da nota da impetrante na prova objetiva, consolidando-se a liminar deferida às folhas tal.

[...].

Por fim, urge salientar que a impetrante colacionou aos autos outros editais de concursos públicos distintos ao presente, um deles deflagrado pelo próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inclusive, em que há a inserção

de forma clara do item de organização dos poderes, do Poder Judiciário e da distribuição de competências que, por sua vez, foi a matéria abordada na mencionada questão. Ocorre que, como visto, no edital em comento não houve a previsão das ditas matérias, razão pela qual a anulação da questão n. 67 é a medida que se impõe (fls. 283/285).

Porém, com relação à questão 49, o *parquet* opina pelo indeferimento da ordem, nos seguintes termos:

[...] em que pese tenha a comissão do concurso optado por um conteúdo.

No que tange ao conteúdo referente a citada questão, o edital assim estipulava (fls. 32-56):

Direito processual Penal

1. Princípios processuais explícitos e implícitos na Constituição Federal: presunção da inocência; devido processo legal; ampla defesa; plenitude da defesa; contraditório; acesso à justiça; juiz natural; publicidade e motivação; vedação das provas ilícitas; economia processual (duração razoável do processo e da prisão cautelar); duplo grau de jurisdição; promotor natural; obrigatoriedade da ação penal pública e indisponibilidade da ação penal; oficialidade; intranscendência; e princípio da reserva da jurisdição.
2. Princípios Processuais Penais; busca da verdade real; oralidade; identidade física do juiz; indivisibilidade da ação penal privada; comunhão da prova; impulso oficial; e persuasão racional.
3. Fontes do processo penal; conceito de fonte; fontes materiais; fontes formais.
4. Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41); Livro I (artigos 1º a 3º, 70 a 281, 381 a 393); Livro II (artigos 503 a 555); e Livro III (artigos 563 a 573).

Da análise de tal ponto da prova objetiva, verifica-se que o citado questionamento versa sobre conflito de competência da seara do Direito Processual Penal que, por sua vez, é expressamente disciplinado nos artigos ns. 113-117 do Código de Processo Penal que, consoante visto, são abarcados no item n. '4' do Edital em comento.

Assim, indubitavelmente a questão n. 49 possui correlação com os conteúdos estipulados no instrumento convocatório, fato pelo qual a segurança nesse ponto deve ser denegada. (fl. 286).

Data venia, mas os citados dispositivos do CPP mencionados no edital (artigos 113 a 117) trazem apenas a disciplina procedimental do conflito de competência em matéria penal, ou seja, a forma, ou o método, como o incidente deve ser processado em juízo, ao passo que o tema abordado pela aludida questão 49 remete à competência material do STJ, a respeito da qual o edital não tratou, tanto é assim que a respectiva resposta se situa em sítio da CF/88 não mencionado pela lei interna do concurso.

Com essas considerações, o voto é pela concessão da segurança para que a banca recalcule a nota da prova objetiva da impetrante desconsiderando as questões 49 e 67.

Mandado de Segurança nº 4013497-59.2018.8.24.0900

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Francisco Oliveira Neto

Ementa Aditiva

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO PARA JUIZ LEIGO INDENIZADO. PROVA OBJETIVA. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA QUESTÕES. MATÉRIA QUE ESTAVA ELENCADE

NO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DO EDITAL DO CERTAME. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

Com a devida *venia*, divergi da douta maioria pelas seguintes razões:

Trata-se de “*mandado de segurança*” contra ato do Presidente da Comissão do Processo Seletivo para Juiz Leigo Indenizado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, segundo a narrativa da impetrante, teria exigido na prova objetiva 2 (duas) questões que não constavam no Edital n. 31/17, o qual regulou o certame.

Inicialmente, destaca-se que, nos termos da jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores, em se tratando de concursos públicos, a atuação do **Poder Judiciário** resume-se à análise de eventual **ilegalidade**, sendo que no exercício do controle de legalidade não é permitida a substituição da banca examinadora, tampouco a função de atribuir nota aos candidatos.

Esse foi o entendimento firmado no Plenário do STF, em sede de repercussão geral, no sentido de que “os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário”, excetuada a análise do juízo de compatibilidade entre as questões formuladas e o conteúdo programático contido no Edital (RE n. 632.853/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23.4.15), assim ementado:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. **Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame.** Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido” (RE n. 632853, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23.4.15 – grifou-se).

Na oportunidade, o STF, ao apreciar o TEMA n. 485 (“*Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público*”), firmou a seguinte tese “Os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário”.

Esse também é o entendimento firmado no âmbito do STJ:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVA DISCURSIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. No julgamento do tema em Repercussão Geral 485, o Supremo Tribunal Federal concluiu não competir ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas, salvo excepcional juízo de compatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no edital do certame (RE 632.853/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 29.6.2015).
2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório dos autos, consignaram que os critérios de correção não se afastaram do disposto no edital e programa do concurso.
3. A inversão do que foi decidido pelo Tribunal de origem, tal como propugnado nas razões do Apelo Especial,

demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência, todavia, que encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo Interno do particular a que se nega provimento” (AgInt no AREsp n. 237.069/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 21.3.17).

Em essência, “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento consolidado segundo o qual não compete ao Poder Judiciário reavaliar os critérios empregados por banca examinadora na correção de prova de concurso público, bem como avaliar a atribuição de notas dada aos candidatos, **ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo cobrado e o previsto no edital**” (STJ, AgInt no RMS n. 49.239/MS, rel^a. Min^a. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 20.10.16 – grifou-se).

Por tal razão, apenas na hipótese de verificação da compatibilidade das questões formuladas na prova objetiva com o conteúdo do Edital, vislumbra-se a possibilidade do Poder Judiciário apreciar a matéria.

Fixadas essas premissas que orientam a apreciação do presente feito, não vislumbro a violação ao instrumento convocatório.

Isso porque as duas questões estavam relacionadas com a competência em matéria de penal e relacionada aos direitos humanos, os quais, a meu ver estavam contidos no edital, senão vejamos:

A questão n. 49 assim versava:

“49. Tício, acusado de sonegação fiscal de imposto de renda e de ICMS, foi denunciado perante a Y a Subseção Judiciária da Justiça Federal de Florianópolis. A denúncia foi recebida pelo Juiz, sendo determinada a citação do acusado. Citado, em sede de resposta à acusação, Tício juntou o comprovante do recolhimento integral do débito relativo ao imposto de renda, pleiteando pela extinção da suposta punibilidade. O Juiz, com base no pagamento integral do débito federal, declara extinta a punibilidade quanto ao crime de sonegação fiscal de imposto de renda. Por entender remanescer a punibilidade do crime de sonegação relativo ao imposto de ICMS, o Juiz determina a remessa da ação penal para a Justiça Estadual, declarando a incompetência da Justiça Federal. Recebidos os autos na Justiça Estadual, distribuídos para o Juízo da X a Vara da Comarca de Florianópolis, este se declarou incompetente, suscitando conflito negativo de competência. No entender do Juízo da X a Vara da Comarca de Florianópolis, a Justiça Federal é competente para julgar a ação penal, em vista da prorrogação de competência. Com base na situação hipotética, assinale a alternativa correta.

(A) O conflito de competência, a fim de declarar qual jurisdição é competente para julgar a ação penal relativamente ao crime de sonegação de imposto de ICMS, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

(B) O conflito de competência, a fim de declarar qual jurisdição é competente para julgar a ação penal relativamente ao crime de sonegação de imposto de ICMS, será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

(C) O conflito de competência, a fim de declarar qual jurisdição é competente para julgar a ação penal relativamente ao crime de sonegação de imposto de ICMS, será julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(D) Uma vez que a extinção da punibilidade do crime de competência federal foi declarada antes de iniciada a instrução processual, descabe falar em prorrogação de competência. Correta a remessa da ação penal para a Justiça Estadual.

(E) A competência da Justiça Federal é definida em função da natureza da infração praticada ou da pessoa do autor ou vítima, descabendo falar em prorrogação. Correta a remessa da ação penal para a Justiça Estadual.”

Contudo, a matéria relacionada ao conflito de competência no Direito Penal está previsto nos arts. 113/117 do CPP, o qual constava expressamente do Edital, conforme item n. 4:

“Direito processual Penal

1. Princípios processuais explícitos e implícitos na Constituição Federal: presunção da inocência; devido processo legal; ampla defesa; plenitude da defesa; contraditório; acesso à justiça; **juiz natural**; publicidade e motivação; vedação das provas ilícitas; economia processual (duração razoável do processo e da prisão cautelar); duplo grau de jurisdição; promotor natural; obrigatoriedade da ação penal pública e indisponibilidade da ação penal; oficialidade; intranscendência; e princípio da reserva da jurisdição.

2. Princípios Processuais Penais; busca da verdade real; oralidade; identidade física do juiz; indivisibilidade da ação penal privada; comunhão da prova; impulso oficial; e persuasão racional.

3. Fontes do processo penal; conceito de fonte; fontes materiais; fontes formais.

4. Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41); Livro I (artigos 1º a 3º, 70 a 281, 381 a 393); Livro II (artigos 503 a 555); e Livro III (artigos 563 a 573) (grifou-se).”

Nesse cenário, a matéria exigida estava perfeitamente prevista no Edital, inexistindo ilegalidade no ponto.

A questão n. 67 foi assim redigida:

“67. Havendo uma causa a qual tramita junto à Justiça Estadual que trata de grave violação de direitos humanos, de grande repercussão, que, inclusive, apresenta risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais, essa causa

(A) somente transitará em julgado após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, com a obrigatória interposição de recurso extraordinário do Ministério Público, quanto à denúncia de grave violação dos direitos humanos.

(B) poderá ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal para ser processada e julgada pelos seus Ministros, em qualquer fase do processo.

(C) deverá ter acompanhamento obrigatório do organismo internacional competente, que venha a afastar eventual desídia na decisão da justiça brasileira sobre a grave violação dos direitos humanos.

(D) poderá ser deslocada para a Justiça Federal, a pedido do Procurador Geral da República, perante o STJ, atendidas as exigências legais.

(E) deverá ter o acompanhamento do Ministério Público Federal em todas as instâncias, a fim de assegurar que as instâncias e autoridades locais possam dar respostas efetivas ao caso.”

A questão estava relacionada com direitos humanos e com o direito processual constitucional, conforme se infere no item n. 2, 3 e 5, do item que versava sobre direito constitucional:

“Direito Constitucional

1. Estado. Origem. Formação. Conceito e elementos. Forma de Estado. Formas de Governo. Sistemas de Governo.

2. Direito Processual Constitucional. Constituição e Processo. Direito Constitucional Processual. Sistema jurídico. Supremacia constitucional. Nulidade. Conceito de Constitucionalidade; Controle de Constitucionalidade: Conceito, requisitos e espécie de Controle de Constitucionalidade. Controle Difuso. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Súmula Vinculante. Repercussão Geral. Controle Concentrado. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Controle de Constitucionalidade no âmbito estadual. *Writs* Constitucionais: Habeas Corpus. Habeas Data. Mandado de Injunção. Mandado de Segurança. Ações Constitucionais.

3. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

4. Organização do Estado e do Poder. Federação Brasileira. União. Competência da União. Regiões Administrativas e de Desenvolvimento. Estados-Membros. Formação dos estados-membros. Competência dos Estados-Membros. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Repartição das Competências. Intervenção. Intervenção Federal. Intervenção Estadual.

5. Direitos e Garantias Fundamentais. Evolução. Características. Aplicabilidade. Direitos Humanos e Conflitos entre Direitos Fundamentais. Direitos Individuais e Coletivos. Direitos Sociais. Os mecanismos de participação do cidadão, do povo e da sociedade na vida política e administrativa brasileira.

6. Ordem social. Seguridade social. Educação. Cultura. Desporto. Ciência e Tecnologia. Comunicação Social. Meio Ambiente. Família, Criança, Adolescente e Idoso. Direito à Proteção Especial.

7. Ordem Econômica e Financeira. Princípios. Sistema Financeiro Nacional. Intervenção do Estado. Da política Urbana. Da política Agrícola.

8. Súmulas dos Tribunais Superiores (STJ e STF) (fls. 52/55 – grifou-se).

Como facilmente se pode verificar, a matéria relacionada aos direitos fundamentais, sua aplicabilidade e ao direito processual constitucional que o envolvem estavam suficientemente abarcados pelo Edital, de modo que, se fosse ainda mais específico, acabaria por literalmente “dizer” a questão.

Diante disso, há perfeita compatibilidade entre o edital e as questões exigidas na prova objetiva, de modo que a atuação jurisdicional, neste caso e a meu ver, acaba por violar a tese firmada pelo STF no TEMA n. 485, segundo o qual “*Os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário*”.

Assim, entendo não estar presente o direito líquido e certo indispensável à concessão da ordem.

Ante o exposto, votei no sentido de denegar a segurança.

É o voto vencido.

Florianópolis, 30 de outubro de 2018.

Francisco Oliveira Neto

Desembargador

PRIMEIRA CÂMARA DE ENFRENTAMENTO DE ACERVOS

Apelação Cível n. 0002913-29.2013.8.24.0042, de Maravilha

Relator: Desembargador Substituto Carlos Roberto da Silva

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO À HONRA. INFIDELIDADE CONJUGAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA DEMANDADA.

PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DOCUMENTOS ENCARTADOS AOS AUTOS SUFICIENTES À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ALICERCE DA DECISÃO OBJURGADA EM PROVA TÉCNICA (EXAME DE DNA). EXEGESE DOS ARTS. 130 E 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PRETENDIDA PRODUÇÃO DE PROVA ORAL QUE SERIA INÓCUA E NÃO INFLUENCIARIA NO RESULTADO DA DEMANDA. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. ARGUIÇÃO DE SER INDEVIDA A CONDENAÇÃO POR AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA CARACTERIZADORA DE ABALO MORAL. INVIABILIDADE. EXAME DE DNA REALIZADO EM RAZÃO DE PROCESSO DE DIVÓRCIO. COMPROVAÇÃO DE QUE O AUTOR NÃO É O PAI BIOLÓGICO DOS FILHOS QUE IMAGINOU SEREM SEUS E QUE REGISTROU DURANTE A UNIÃO CONJUGAL COM A RÉ. APELANTE QUE CONHECIA A VERDADEIRA IDENTIDADE DO GENITOR DE SUA PROLE. OMISSÃO DOLOSA DA INFORMAÇÃO AO SEU EX-CÔNJUGE. INFIDELIDADE CONFESSA. EVENTOS DESCONHECIDOS PELO APELADO E FAMILIARES ATÉ O ROMPIMENTO ABRUPTO DO CASAMENTO POR INICIATIVA DA RÉ. EXPOSIÇÃO PÚBLICA E VEXATÓRIA EVIDENCIADA. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE DO AUTOR DEVIDAMENTE COMPROVADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DECISÃO INALTERADA.

MATÉRIA RECURSAL COMUM ÀS PARTES.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. APELANTE/RECORRIDA ADESIVA QUE REQUER A MINORAÇÃO E APELADO/RECORRENTE ADESIVO QUE POSTULA A MAJORAÇÃO. MONTANTE ARBITRADO QUE SE VERIFICA SUFICIENTE PARA ATENDER AO CARÁTER PEDAGÓGICO DO SANCIONAMENTO E REPRESENTA JUSTA COMPENSAÇÃO PELO ABALO SOFRIDO, ATENDENDO, AINDA, AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

RECURSO ADESIVO DO AUTOR.

ARGUIDA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA RECORRENTE. REJEIÇÃO. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO PROTETATÓRIO A CARACTERIZAR ATITUDE ILÍCITA. PLEITO CONDENATÓRIO DESCABIDO.

RECURSO DE APELAÇÃO E ADESIVO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002913-29.2013.8.24.0042, da comarca de Maravilha (1ª Vara) em que é Apte/RdaAd N.P. da S. e Apte/Rte/Ad R. G. Z.

A 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Guilherme Nunes Born, presidente com voto, e o Exmo. Des. Subs. Luiz Felipe Schuch.

Florianópolis, 17 de outubro de 2018.

Carlos Roberto da Silva

RELATOR

RELATÓRIO

N. P. da S. (ré) e R. G. Z. (autor) interpuseram, respectivamente, recurso de apelação e adesivo contra sentença (fls. 79-81) que julgou procedente o pleito exordial e condenou a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais ao autor.

Para melhor elucidação da matéria debatida dos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

[...], brasileiro, divorciado, motorista, residente e domiciliado [...] Maravilha/SC, por intermédio de seu procurador ao final assinado, ajuizou AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS em face de [...], brasileira, divorciada, empresária, residente e domiciliada [...] Maravilha/SC.

Alega em síntese: (a) que foi casado com a requerida desde 17 de abril de 1993, sendo que no ano de 2013 a requerida iniciou processo de divórcio;

(b) que do casamento tiveram 2 (dois) filhos; (c) que após o nascimento do segundo filho a requerida pressionou o requerente para que o mesmo fizesse vasectomia, sendo que o mesmo cedeu as insistências e fez referida cirurgia;

(d) que em meados de 2013, após uma viagem a São Paulo, a requerida voltou com atitudes totalmente diversas do normal e ingressou com a ação de divórcio litigioso; (e) que alguns dias após a separação, a requerida levou o amante para morar na casa que era do casal e a partir desse momento passou a afirmar que os filhos não eram do requerente, fazendo chacota do mesmo; (f) que realizaram exames DNA no processo de divórcio, comprovando que o Autor não é pai biológico dos menores, confirmando o que a Ré divulgou para toda cidade, maculando a imagem do Requerente; (g) que manteve um casamento durante mais de 20 (vinte) anos acreditando que se tratava de uma relação monogâmica, sendo que foi enganado pela Requerida quase o tempo todo; (h) que não há dúvidas que os fatos lhe arrasaram emocionalmente e moralmente, notadamente porque a requerida contribuiu de forma efetiva para tornar público que durante 20 (vinte) anos o Autor foi traído.

Em fechamento pugna pela concessão das benesses da Justiça Gratuita e ao final a total procedência da presente demanda.

Juntou procuração (fl. 11) e documentos (fls. 12/54).

Despacho (fl. 55) deferindo as benesses da Justiça Gratuita e determinando a citação da requerida.

Devidamente citada (fl. 57) a requerida apresentou contestação (fls. 59/65) alegando em suma: (a) que embora a infelicidade seja umas das possibilidades de extinção da sociedade conjugal, como previsto no artigo 1571 do CC, tal alegação não tem a vênia de ensejar indenização por danos morais;

(b) que não existe nenhuma prova que houve abalo moral, apenas mera alegação por parte do requerente; (c) que na maioria das situações, o adultério se origina pela própria desídia do cônjuge traído, se tornando ausente, não só no contexto sexual, mas no afetivo, financeiro, assistencial.

Ao final pugna concessão das benesses da Justiça Gratuita e ao final a total improcedência da presente demanda.

Juntou documentos (fls. 66/68).

Réplica pela parte demandante (fls. 71/74) impugnando na totalidade a contestação da parte requerida e repisando os termos da peça exordial.

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

Ante o exposto, com amparo no artigo 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por [...] em face de [...], condenando a requerida ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de reparação por danos morais, valores a serem corrigidos monetariamente, segundo os índices da Corregedoria-Geral de Justiça (INPC), a contar da presente data e acrescidos de juros de mora de 12% a.a (art. 406 do CC c/c 161, § 1º, do CTN), estes retroativos à data dos exames DNA (08 de agosto de 2013 fls. 16 e 17).

Por força da sucumbência, condeno a parte ré ao pagamento da integralidade das despesas processuais e verba honorária do patrono da parte autora, essa fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, por força da baixa complexidade do caso e julgamento na forma antecipada (CPC, artigo 20, § 3.º, alíneas “a” a “c”).

No julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte ré, pronunciou-se o Juízo *a quo* (fl. 96):

Com razão a embargante, anoto que na peça defensiva de fls. 59/65 foi postulado pela requerida o deferimento da Gratuidade da Justiça, inclusive com a juntada de declaração de hipossuficiência (fl. 68).

Ante todo o exposto, reconhecendo hipótese de omissão (CPC, artigo 535, I), acolho os embargos declaratórios, para deferir à parte embargante os benefícios da Justiça Gratuita.

Em suas razões recursais (fls. 87-94) a ré renova o seu pleito para a concessão da justiça gratuita, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, pois pretendia comprovar, por meio de depoimento testemunhal, que o autor “sabia que poderia não ser o pai biológico dos filhos do casal” (fl. 89). No mérito, discorre sobre a ausência de comprovação dos danos morais e, subsidiariamente, pleiteia a redução do *quantum* fixado a título de indenização pelo reconhecido abalo anímico, sustentando ser excessivo.

O autor, por sua vez, em recurso adesivo (fls. 108-117), requer a majoração dos danos morais arbitrados em primeiro grau e a condenação da demandada por litigância de má-fé.

Com as contrarrazões de ambas as partes (fls. 99-107 e 124-128), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação e adesivo interpostos contra sentença que julgou procedente o pedido inaugural formulado pelo apelado/recorrente adesivo, condenando a apelante/recorrida adesiva ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por danos morais.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da apelação e do recurso adesivo interpostos.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual a referida norma processual norteará a presente decisão, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais), nos moldes do art. 1.046 do novo Código de Ritos.

Tem-se como fato incontroverso, porque reconhecido expressamente pelas partes, que o apelado/recorrente adesivo registrou como seus os dois filhos nascidos durante o seu casamento com a apelante/recorrida adesiva. Também incontestado, que os rebentos não são filhos biológicos do apelado/recorrente adesivo, fato que além de não ter sido impugnado pela apelante/recorrida adesiva, foi comprovado por exame de DNA.

A controvérsia, portanto, cinge-se em analisar se o *decisum* objurgado padece de nulidade em razão do julgamento antecipado, verificar se há dano moral a ser indenizado e, subsidiariamente, aferir se agiu com acerto o Juízo de primeiro grau no arbitramento da verba reparatória.

Sobre tais pontos, então, debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que os recursos não comportam acolhimento.

I - Do apelo da ré.

I. I Da justiça gratuita:

Em análise aos autos verifica-se que a apelante/recorrida adesiva, muito embora tenha deixado fluir *in albis* o prazo para comprovar sua hipossuficiência como determinado pelo despacho deste Relator à fl. 138, foi agraciada com a benesse da justiça gratuita pelo Juízo *a quo* por meio da decisão proferida em embargos de declaração à sentença (fl. 96).

Em que pese a decisão dos embargos de declaração tenha sido juntada aos autos posteriormente ao recurso de apelação em análise e sem comprovação de sua regular publicação, é certo que o apelado/recorrente adesivo teve conhecimento do teor do *decisum*, uma vez que seu procurador teve carga dos autos e apresentou recurso adesivo, sem qualquer insurgência ao ponto.

Portanto, revoga-se a decisão monocrática de fls. 143-144 que indeferiu a Justiça Gratuita à recorrente e determinou o recolhimento do preparo recursal, passando-se à análise das razões do apelo.

I. II - Da arguida nulidade da sentença:

Sustenta a apelante/recorrida adesiva, preliminarmente, que houve cerceamento de seu direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, uma vez que não lhe foi oportunizado comprovar que o apelado/recorrente adesivo tinha conhecimento de que poderia não ser o pai biológico dos filhos nascidos durante o casamento, justificando, assim, seu argumento de inexistência de danos morais.

Sem razão a recorrente.

Sabe-se que ao magistrado assiste o poder discricionário de valorar a prova e se manifestar a respeito da (des)necessidade de produção para a formação de seu livre (porém motivado) convencimento, a teor dos arts. 130 e 131 do CPC/1973.

A respeito do assunto, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

A razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a desnecessidade de produzir provas. Os dois incisos do art.

330 desmembram essa causa única em várias hipóteses, mediante uma redação cuja leitura deve ser feita com a consciência de que só será lícito privar as partes de provar quando as provas não forem necessárias ao julgamento. Não se antecipa a decisão do mérito quando ainda faltarem esclarecimentos sobre algum ponto relevante da demanda ou da defesa. Só se antecipa quando nenhuma prova seja necessária - nem pericial, nem oral, nem documental.” (grifo no original) (*Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 555).

No caso dos autos, andou bem o Magistrado de origem ao julgar antecipadamente o feito, porquanto, além do fato de não ter havido qualquer impugnação por parte da apelante/recorrida adesiva aos fatos descritos na inicial em contestação, tem-se que a prova oral pretendida (demonstrar que o autor poderia saber não ser o pai biológico) seria totalmente inócua ao deslinde da questão, notadamente acerca da ocorrência do abalo anímico, razão pela qual não há falar nulidade da sentença (nesse sentido: TJSC, Apelação Cível n. 0319525-10.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 30-1-2017).

Dessarte, “Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova testemunhal ou pericial quando o magistrado entende se encontrar substancialmente instruído o feito e declara a existência de provas suficientes à formação de seu convencimento” (TJSC, Apelação Cível n. 0019512-46.2012.8.24.0020, de Criciúma, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 17-7-2018).

Outrossim, “[...] para que se tenha por caracterizado o cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento de pedido de produção de prova, faz-se necessário que, confrontada a prova requerida com os demais elementos de convicção carreados aos autos, essa não só apresente capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também o conhecimento desse fato se mostre indispensável à solução da controvérsia” o que não ocorreu no caso em análise “sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil” (STJ, EDcl no AgRg no REsp n. 251.038/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 18-2-2003).

Ainda nesse rumo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM DECISÃO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA MANTIDA EM GRAU DE APELAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. PRECEDENTES DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO

COMPROVADO. SÚMULA 284 DO STF. 1. O STJ possui entendimento de que o magistrado tem ampla liberdade para analisar a conveniência e a necessidade da produção de provas, podendo proceder ao julgamento antecipado da lide, se considerar que há elementos nos autos suficientes para a formação da sua convicção quanto às questões de fato ou de direito vertidas no processo, sem que isso implique qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] 4. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.440.314/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 17-11-2016 - grifo nosso).

Nesse contexto, não subsistem os argumentos para a ilação de cerceamento de defesa, motivo pelo qual se rejeita a preliminar suscitada.

I.III Do mérito:

No mérito, a apelante/recorrida adesiva sustenta, em síntese, que o apelado/recorrente adesivo não sofreu qualquer abalo moral indenizável.

Igualmente sem razão a recorrente.

Inicialmente, como bem destacado pelo Min. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no julgamento do REsp n. 922.462/SP, é certo que “a violação dos deveres impostos por lei tanto no casamento (art. 1.566 do CC) como na união estável (art. 1.724 do CC) não constituem, por si sós, ofensa à honra e à dignidade do consorte, aptas a ensejar a obrigação de indenizar. Não há como se impor o dever de amar, verdadeiro obstáculo à liberdade de escolha pessoal, pois a ninguém é lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de inobservância à moral ou às regras de cunho social”.

Todavia, conclui o Min. do STJ que, apesar de não existir um compromisso de amor, “não é possível ignorar que a vida em comum impõe restrições que devem ser observadas destacando-se o dever de fidelidade nas relações conjugais, o qual pode, efetivamente, acarretar danos morais, como no caso concreto, em que de fato demonstrado o abalo emocional pela traição da então esposa, com a cientificação de não ser o genitor de criança gerada durante a relação matrimonial, dano efetivo que justifica a reparação civil” (REsp 922.462/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013 - grifo nosso).

Outra não é a conclusão de Pontes de Miranda, que ora se transcreve:

A lei prevê, quase sempre, as consequências de toda infração dos deveres de direito de família, sejam conjugais, sejam parentais. Daí a opinião, que se alastrou, no sentido de não haver perdas e danos, ou de indenização, quando alguém faltasse aos seus deveres de Direito de Família, conjugais ou parentais. Tal opinião foi posta de lado, porque, além da infração e consequente sanção de Direito de Família, é possível haver causa suficiente para a indenização ou reparação, com fundamento noutra regra de direito civil (direito das coisas, direito das sucessões, direito das obrigações). Desde que houve o dano, e é de invocar-se alguma norma relativa à indenização por ato ilícito, no sentido lato do direito das obrigações, ou da Parte Geral, cabe ao cônjuge ou ao parente a ação correspondente (*Tratado de Direito de Família*, pág. 76, apud Inácio de Carvalho Neto, Responsabilidade Civil no Direito de Família, Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim, Editora Juruá, 4ª Edição, p. 289).

A respeito e pertinente ao tema ora analisado, expõe o Des. Joel Dias Figueira Jr. em artigo científico:

Há muito a matéria encontra-se pacificada na doutrina e na jurisprudência no sentido de que as regras atinentes à responsabilidade civil (art. 186 c/c o art. 187) aplicam-se às relações de família; todavia, com o advento da Carta de 1988 e do Código de 2002, somados às permanentes e profundas mudanças sociais, notadamente nas relações de família, chanceladas pelo final do século passado e início do novo milênio, a doutrina e a jurisprudência passaram a refletir esses novos anseios das pessoas inseridas no mundo contemporâneo, reforçando e ampliando o espectro de incidência dessas regras e princípios.

A Carta Magna dispõe sobre o tema em voga tanto em cláusula geral de proteção à dignidade humana (art. 1º, III) como também no art. 5º, caput, inciso X e § 2º, que tutelam a inviolabilidade dos direitos da personalidade, do direito à indenização pelo abalo moral e patrimonial sofrido em razão da violação de direitos, e, em particular, no art. 226, que dispõe sobre a família.

Inúmeras, portanto, são as facetas que se desdobram no plano factual atinentes a ilícitos civis em sede de direito de família, seja durante a permanência do vínculo, seja em momentos antecedentes ou sucessivos à ruptura da relação entre os casais, valendo mencionar, *en passant*, as que mais se destacam: o abandono material e moral da prole, a negativa em prestar alimentos (espécie de abandono material), as ofensas morais e físicas entre cônjuges e companheiros, as injúrias graves, a transmissão e o contágio de doenças graves, o perecimento, extinção ou ocultação dolosa de bens a partilhar, a negativa dos filhos maiores em prestar assistência aos pais idosos, etc. (*in: Responsabilidade civil nas relações de conjugalidade e de filiação* abandono material e imaterial (“abandono afetivo”) e dano moral. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. V.3, n. 13, p.5-31, jul./agosto, 2016.)

Para Rolf Madaleno, quando se rompe o vínculo conjugal todos padecem “mulher, marido e filhos e, nessa linha dos prejuízos ditos derivados do adultério, quando exposto ao escárnio público, pode representar um grande demérito a atividade profissional do cônjuge vitimado pela infidelidade de seu parceiro e um verdadeiro aniquilamento da pessoa no seu ambiente de trabalho.” (*Curso de Direito de Família*, 6ª Ed. Rev. Atualizada e ampliada, Editora Forense, 2015, p. 364).

Desse modo, viável o pleito do ex-marido que se sentiu lesado com o descumprimento de um dos deveres legais do casamento pela ex-esposa, no caso, a fidelidade (art. 1.566, I, do Código Civil), e de seu compromisso com a verdade sobre paternidade dos filhos havidos no casamento, diante das particularidades do caso, a seguir descritas.

Em análise aos autos, verifica-se que durante a convivência das partes litigantes, sacramentada pelo casamento civil realizado na cidade de Maravilha em 10-4-1993 (fl. 12), nasceram dois filhos, N.G.Z em 15-8-1995 e

R.V.G.Z em 28-3-2000 (fls. 13-14), ambos registrados como filhos biológicos do apelado/recorrente adesivo.

Incontroverso que após o pedido de divórcio litigioso movido pela apelante/recorrida adesiva, no mês de fevereiro do ano de 2013 (fls. 20-24), fora efetivado exame de DNA para averiguar a real paternidade dos filhos do casal, o que foi feito em comum acordo entre as partes litigantes, conforme termo de audiência extraído dos autos 042.13.000415-6 e acostado às fls. 31-32. O resultado do referido exame, juntado às fls. 15-17 (realizado em 8-8-2013), é inconteste no sentido de que o apelado/recorrente adesivo não é o pai dos filhos que nasceram durante a convivência das partes, que perdurou por aproximadamente 20 (vinte) anos.

Ao observar a peça inaugural do divórcio interposto pela apelante/recorrida adesiva, verifica-se que ela, à época, nada disse a respeito da possibilidade do apelado/recorrente adesivo não ser o pai biológico dos filhos. Ainda, verifica-se que atribuiu ao varão a responsabilidade alimentar dos rebentos, requerendo para si a guarda das crianças que afirmou serem do casal.

Além das irrefutáveis provas de infidelidade acima descritas, juntou-se com a peça inaugural

declaração em cartório firmada pela filha mais velha do casal (fls. 33-35) à época com 17 (dezessete) anos de idade atestando que somente no ano de 2013 a declarante, seu irmão, o apelado (que tem como pai), e os demais familiares, souberam a verdade sobre a sua origem biológica e do consanguíneo caçula, o que ocorreu por meio de relato da própria genitora à filha, momento aquele em que a apelante/recorrida adesiva já estava convivendo com o antigo namorado (suposto pai biológico).

No relato psicossocial feito pela assistente social do CREA da cidade de Maravilha em 18-7-2013 com objetivo de avaliar a situação familiar das partes naquele momento em que se resolvia a questão da separação, transcreveu-se o relato da mãe da apelante/recorrida adesiva, testificando que os fatos em questão (infidelidade e a real origem patriarcal e biológica de seus filhos) só vieram à tona naquele ano de 2013, *vide* (fl. 27):

Dona E. relatou que não concorda com o que a filha (N.) está fazendo com o genro, afirmou que depois da separação N. passou a dizer que os filhos do casal não seriam filhos biológicos de R., e sim de seu atual companheiro.

Não bastasse o constrangimento suportado pelo apelado/recorrente adesivo com a abrupta descoberta da infidelidade da ex-esposa, agrava-se o fato ainda mais por ter a recorrente permitido que ele fizesse procedimento de esterilização por meio de vasectomia (fls. 18-19), fato que sequer foi impugnado em contestação.

De fato, em eventual hipótese de um novo relacionamento, e pretendendo a paternidade biológica, a infertilidade obtida decorrente desse procedimento embora reversível acrescenta uma maior angústia aos desgostos experimentados pelo recorrido.

Dessarte, em que pese o apelado/recorrente adesivo não ter rejeitado os filhos posteriormente à surpreendente descoberta, certamente tudo o que vivenciou lhe trouxe grave constrangimento social, violando sua honra subjetiva e objetiva.

Desta Corte, em igual norte, colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO EM FACE DA ESPOSA QUE MANTEVE RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS E CONCEBEU UMA FILHA QUE FOI REGISTRADA PELO AUTOR. RÉ QUE INFORMOU AO AUTOR QUE A CRIANÇA NÃO ERA SUA FILHA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA QUE COMPROVA QUE O AUTOR NÃO É O PAI DA CRIANÇA. CONDUTA DESONROSA DA RÉ E TODA SITUAÇÃO DAÍ DECORRENTE CONHECIDAS PELA COMUNIDADE LOCAL. AFRONTA AOS DEVERES DO CASAMENTO. ARTIGO 1.566 DO CÓDIGO CIVIL. GRAVE ABALO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. QUANTUM ADEQUADO. JUROS DE MORA. ENCARGO INCIDENTE DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não pode o Judiciário ignorar a pretensão do cônjuge traído, enganado e humilhado perante seus familiares e amigos, inclusive colegas de profissão, em buscar a reparação do dano moral sofrido em razão da conduta desonrosa de sua esposa que, conquanto tivesse conhecimento da possibilidade de o filho gerado ser fruto de relação extraconjugal, omite tal circunstância, induzindo o marido em erro, fazendo-o acreditar ser sua a descendência do amante. A perda do referencial familiar, a exclusão da paternidade e a decepção com aquela que havia prometido fidelidade, devem, sim,

ser objeto de indenização, sob pena de banalização dos deveres inerentes ao casamento (Apelação Cível n. 2009.005177-4, de Blumenau, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. em 1-9-2011). 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 elevada de forma a configurar o enriquecimento sem causa, sem olvidar do caráter pedagógico em relação ao lesante e a condição econômica das partes. RECURSO ADESIVO. MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE OBSERVADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA NÃO VERSADA NO RECURSO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. RECLAMO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJSC,

Apelação Cível n. 2014.075793-7, de Rio do Campo, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 31-03-2015 – grifo nosso).

Portanto, sabendo-se que a infidelidade pode ocasionar danos morais, “já que a traição ofende os direitos da personalidade do cônjuge, em especial a sua honra subjetiva ou autoestima e objetiva ou reputação social”¹, e atentando ainda que as peculiaridades do caso revelam, além do constrangimento público pela infidelidade da ex-esposa diga-se em cidade pequena em que os “boatos” repercutem com mais facilidade, e o também inequívoco abalo psicológico pelo rompimento do vínculo genético que tinha com os filhos que o apelado/recorrente adesivo pensou serem seus, não há reparos a serem feitos à decisão de primeiro grau que reconheceu o dever reparatório.

II Da matéria recursal comum às partes:

Ambos os recorrentes se insurgem sobre o *quantum* fixado a título de indenização. A apelante/recorrida adesiva requer a minoração do valor indenizatório arbitrado pelo Juízo *a quo*, enquanto que o apelado/recorrente adesivo busca a majoração.

A sentença de primeiro grau arbitrou a verba em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Todavia, não há razão para alteração do montante fixado na origem.

Sabe-se que em regra a indenização deve ser medida pela extensão do dano (CC, art. 944). Há, contudo, nos casos de danos imateriais, um elemento que deve ser sopesado quando da fixação do *quantum*, qual seja, o caráter pedagógico do sancionamento.

Com efeito, o legislador não fixou critérios objetivos para a quantificação da indenização extrapatrimonial, optando por deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um valor justo para amenizar a dor alheia. Assim, na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor dos danos morais, impõe-se estabelecer uma quantia que não seja irrisória a ponto de menosprezar o abalo sofrido pelo autor; nem elevada de forma a configurar o enriquecimento sem causa, sem olvidar do caráter pedagógico em relação à parte lesante, a condição econômica dos litigantes e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não se está, com isso, a afirmar que as indenizações devam ser milionárias, mas tão somente que sejam eficazes no seu papel preventivo e didático.

A respeito, esta Corte de Justiça já se posicionou:

No arbitramento do quantum compensatório de danos morais, deve o juiz observar critérios objetivos, subjetivos e tomar em conta a extensão dos prejuízos sentidos pelo lesado, o grau de culpa e a capacidade econômica financeira do causador do dano. Ponderados esses critérios, a reparação deve ser razoável, de modo a não importar no enriquecimento sem causa da parte lesada, e não comprometer o caráter de desestímulo ao lesante, para que passe a adotar providências acautelatórias que impeçam novos danos (Apelação Cível n. 2014.066134-4, da Capital, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 23-10-2014).

Além do mais, como narrado no tópico acima, não se desconhece que o apelando/recorrente adesivo suportou danos pela violação à sua honra subjetiva e objetiva, experimentando inegável situação de dano extrapatrimonial. A apelante/recorrida adesiva, por sua vez, demonstrou indiferença em relação à gravidade de sua conduta, e apenas justificou ter sido motivada pela “falência da instituição familiar”, como afirmou nas razões recursais (fl. 90).

Ainda no quesito relacionado à fixação do *quantum*, cediço igualmente a necessidade de se analisar a capacidade financeira das partes. Nesse ponto, destaca-se que a apelante/recorrida adesiva deixou fluir *in albis* o prazo que lhe foi dado, já em grau de recurso, para comprovar sua situação de miserabilidade (fls. 138 e 141). Portanto, em que pese litigar amparada pela Justiça Gratuita, não se pode presumir que a ré é pessoa financeiramente hipossuficiente de modo a justificar eventual redução da verba arbitrada por esse viés, até porque foi ela quem ficou com a empresa do casal quando do divórcio.

Desse modo, considerando as particularidades do caso em estudo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como a condição econômica das partes envolvidas no litígio, conclui-se que a apelante, na condição de empresária, tem suficiente capacidade financeira para suportar a condenação arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor que também se mostra adequado e razoável em relação ao dano suportado pelo apelado/recorrente adesivo e sua extensão, inexistindo motivação para a sua alteração.

Essa Corte, inclusive, em situação análoga, aplicou a mesma valoração aos danos morais, *vide*:

INSURGÊNCIA DO VARÃO, QUE PRETENDE A MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - AUSÊNCIA DE INDICATIVOS DA CONDIÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES - CONSEQUÊNCIAS MORAIS DO ADULTÉRIO INESTIMÁVEIS - GENITORES BIOLÓGICOS QUE PROVOCARAM O ROMPIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO EXISTENTE ENTRE O PAI SÓCIO- AFETIVO E A CRIANÇA - PROIBIÇÃO DA VISITAÇÃO - SOFRIMENTO EMOCIONAL PRESUMIDO, EM RAZÃO DA PERDA ABRUPTA, TRAUMÁTICA E INVOLUNTÁRIA DA QUALIDADE DE MARIDO E PAI - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - OBRIGAÇÃO DE NATUREZA REPARATÓRIA E REPREENSIVA - DANOS PSICOLÓGICOS QUE PODERÃO PERDURAR POR INESTIMÁVEL PERÍODO DE TEMPO - ESPOSA QUE DEMONSTRA INDIFERENÇA EM RELAÇÃO À GRAVIDADE DA SUA CONDUTA - DANO À HONRA EVIDENCIADO - MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PARA R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) - DECISÃO REFORMADA NESTE SENTIDO.

[...] a vida, por larga que seja, tem os dias contados, a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por

mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e piedosa se o puder matar (CHAVES, Antônio *in* Prefácio à Responsabilidade Civil por Dano à Honra, 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001) (Apelação Cível n. 2009.005177-4, de Blumenau, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. em 1-9-2011 - grifo nosso).

Ademais, a Corte da Cidadania orienta no sentido de que o montante da verba compensatória a título de abalo anímico fixada pela instância originária somente comporta alteração caso se revele irrisória ou exorbitante (STJ, REsp. n. 1.377.463/SC, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. 27-2-2018).

Portanto, a sentença vergastada é mantida também neste ponto.

III Do recurso adesivo do autor:

Pretende o apelado/recorrente adesivo, além daquilo que foi debatido no tópico anterior, a condenação da apelante/recorrida adesiva por litigância de má-fé, em razão da sua pretensão recursal.

Todavia, não há se falar em litigância de má-fé, pois o pleito de reforma/modificação do julgado, por meio do recurso de apelação, decorre do exercício regular do direito das partes ao duplo grau de jurisdição, só subsistindo tal pretensão se fosse comprovado o intuito (doloso) protelatório da parte insurgente, o que não se evidencia no caso vertente.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. [...] CONTRARRAZÕES DO AUTOR. ALEGADA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER. Não configura litigância de má-fé a simples interposição do recurso cabível contra decisão desfavorável, já que representa apenas o exercício regular de um direito. APELO IMPRÓVIDO (Apelação n. 0001961-50.2013.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 25-8-2016).

Assim, ante a ausência dos elementos caracterizadores da litigância de má-fé, é aplicável o sancionamento pretendido.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, conforme fundamentação supra.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003867-04.2000.8.24.0019, de Concórdia

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PERMUTA CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. TRANSMISSÃO DE TERRENO PARA CONSTRUÇÃO DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. PROMESSA DE ENTREGA, EM CONTRAPRESTAÇÃO, DE QUATRO APARTAMENTOS COM AS RESPECTIVAS VAGAS DE GARAGEM, APÓS CONCLUSÃO DAS OBRAS, ALÉM DO PAGAMENTO DE ALUGUERES. NÃO ENTREGA DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS PELA CONSTRUTORA. *ACTIO* AJUIZADA PELA PROMITENTE-PERмутANTE (ANTERIOR PROPRIETÁRIA DO TERRENO) CONTRA A SUCESSORA DA INCORPORADORA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEMANDADA.

DEFENDIDA A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CASO *SUB EXAMINE*. INEXISTÊNCIA DE DEBATE NOS AUTOS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. DECISÃO OBJURGADA QUE SEQUER DISPÕS SOBRE O TEMA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. APELO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

MÉRITO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE PERMUTA DE TERRENO FIRMADO COM A AUTORA EM TROCA DE FUTURAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS E ASSUNÇÃO DO PAGAMENTO DE ALUGUERES NO PERÍODO DE DURAÇÃO DAS OBRAS (ART. 334, II E III, DO CPC/73; ART. 374, II E III, CPC/2015). REBELDIA ADSTRITA À (IN)APLICABILIDADE DO REGIME DE CONSTRUÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO À RELAÇÃO CONTRATUAL OBJETO DA LIDE. APELANTE QUE ATRIBUI A RESPONSABILIDADE PELO INADIMPLEMENTO DO PACTO AOS CONDÔMINOS-ADQUIRENTES, EM RAZÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DAS RESPECTIVAS COTAS-PARTES. SITUAÇÃO QUE TERIA CULMINADO NA PARALISAÇÃO DAS OBRAS E, POR CONSEQUÊNCIA, IMPOSSIBILITADO A ENTREGA DOS IMÓVEIS NA FORMA PROMETIDA À APELADA (QUATRO APARTAMENTOS E GARAGENS). TESE RECHAÇADA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE AFASTAM A APLICAÇÃO DA MODALIDADE DE CONSTRUÇÃO “A PREÇO DE CUSTO” AO NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO COM A PERMUTANTE (PRIMITIVA PROPRIETÁRIA DO TERRENO). RELAÇÃO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE A INCORPORADORA E A AUTORA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AQUELA FIRMADA ENTRE A INCORPORADORA E OS CONDÔMINOS-ADQUIRENTES. OMISSÃO CONTRATUAL ACERCA DA OBRIGAÇÃO DA APELADA (PROMITENTE-PERMUTANTE) EM PARTICIPAR DAS OBRAS OU MESMO ARCAR COM O PAGAMENTO DOS CUSTOS. COMPROMISSO DOS CONDÔMINOS EM SUPORTAR AS DESPESAS DO PRÉDIO QUE NÃO ISENTAVA A EDIFICADORA DAS OBRIGAÇÕES PESSOAIS ASSUMIDAS NO CONTRATO DE PERMUTA, SOBRETUDO A ENTREGA DO OBJETO (ÁREA CONSTRUÍDA) OU PAGAMENTO DO RESPECTIVO PREÇO. RESPONSABILIDADE INAFASTÁVEL DA CONSTRUTORA DE GARANTIR A QUITAÇÃO DO VALOR DO TERRENO NO PRAZO E PREÇO ESTABELECIDOS, INDEPENDENTEMENTE DO SISTEMA DE CONSTRUÇÃO DO EMPREENDIMENTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 40 DA LEI N. 4.591/1964 À TRANSAÇÃO EM APREÇO, SOB PENA DE SE ATINGIR OS TERCEIROS DE BOA-FÉ (COMPRADORES DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS). RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DOS ARTS. 475 E 533, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE AREÓPAGO. IMPASSE RESOLVIDO EM PERDAS E DANOS (ART. 389, DO CÓDIGO

CIVIL). MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DA RÉ/APELANTE AO PAGAMENTO DOS DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES, ASSIM COMO DAS PENALIDADES CONTRATUAIS. SENTENÇA IRRETOCADA NO PONTO. APELO DESPROVIDO.

ANÁLISE DA TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* PREJUDICADA, PORQUE ATRELADA A EVENTUAL APLICAÇÃO DO SISTEMA DE CONSTRUÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO (PREÇO DE CUSTO) AO NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO COM A AUTORA.

ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* NOTOCANTE À CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS ALUGUERES DEVIDOS À AUTORA/APELADA APÓS A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL PERMUTADO, NO PERÍODO DA EDIFICAÇÃO DO CONDOMÍNIO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO EXPRESSAMENTE FORMULADO NA CAUSA DE PEDIR REMOTA. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO, POR MEIO DA ANÁLISE GLOBAL DA PETIÇÃO. MANIFESTAÇÃO NA SENTENÇA NOS MOLDES DOS FUNDAMENTOS LANÇADOS NA EXORDIAL. OBSERVÂNCIA AO ART. 128 DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU CONGRUÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA CORTE CIDADÃ E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REBELDIA AFASTADA.

ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO. SENTENÇA INALTERADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. DECISÃO HOSTILIZADA QUE OBSERVOU A QUANTIDADE E EXPRESSÃO DOS PEDIDOS.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003867-04.2000.8.24.0019, da comarca de Concórdia 2ª Vara Cível em que é apelante L Fogaça Planejamento e Construções Ltda e são apelados Maria Goretti Buzanello e outros.

A 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso em parte e, nesta, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 5 de dezembro de 2018, foi presidido pelo Desembargador Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2018.

Luiz Felipe Schuch

RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 1616-1626, de lavra da Juíza de Direito Thays Backes Arruda, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

Égide Dallagnol ajuizou demanda em face de L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. esclarecendo, inicialmente, que a empresa ré é sucessora das empresas Borges & Motter Construtora Ltda. e Borges & Motter Ltda. Afirmou ter celebrado contrato de permuta, em 10/02/1992, com a empresa Borges & Motter Ltda., por intermédio do representante Cláudio Antônio Farinha Borges, pelo qual a autora transmitiria imóvel matriculado sob nº 7929, com

área de 572m², e receberia quatro apartamentos com as respectivas vagas de garagem (nº 100, 102, 103 e 104; nº 35, 36, 37 e 38), no total de 556,09305m², após aprovação de projeto pela Prefeitura de Concórdia e construção do empreendimento. A outorga de escritura pela autora aconteceria imediatamente para viabilizar o empreendimento. A obrigação da empresa Borges & Motter Ltda. era entregar os imóveis 3 anos após a aprovação do projeto na Prefeitura. Além disso, a empresa Borges & Motter Ltda. pagaria aluguel de imóvel para moradia da autora durante a construção, iniciando em setembro de 1992. O contrato estabelecia multa para hipótese de descumprimento ou desistência. Em 15/10/1993, assinou termo de transferência do contrato para a Borges & Motter Construtora Ltda., em virtude de alteração no contrato social desta. A empresa ré não entregou todos os apartamentos e vagas de garagem no prazo e não pagou o aluguel do imóvel para moradia. Notificou a empresa para cumprimento das obrigações em 16/06/2000. Soube que foram vendidas todas as unidades do prédio, mas há litígio entre a empresa e os condôminos e a construção está paralisada há mais de um ano. Alegou prejuízo por deixar de alugar os apartamentos e vagas de garagem.

Pleiteia a rescisão do contrato de permuta, a reintegração de posse do imóvel objeto da permuta (área de 572m²), o cancelamento da escritura de compra e venda do imóvel objeto da permuta e, conseqüentemente, das promessas de cessão entre a empresa e os adquirentes (Condomínio Residencial Di Vicenza), a decretação da perda das obras executadas no imóvel, o pagamento de multa de 20 salários mínimos, o pagamento das despesas com aluguel, a indenização por perdas e danos. Requereu JG.

Em contestação, a L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. esclareceu que é sucessora da empresa Borges & Motter Construtora Ltda., mas não da empresa Borges & Motter Ltda., pois esta era sócia daquela e cedeu direitos e obrigações do contrato de permuta àquela. Arguiu: ilegitimidade passiva, apesar do contrato ter sido celebrado entre a autora e a construtora; impossibilidade jurídica do pedido de reintegração de posse, pois não há cláusula de reserva de domínio e o contrato é ato jurídico perfeito. Apontou litisconsórcio necessário, porque não há possibilidade de rescisão do contrato ou de reintegração de posse sem ingresso dos condôminos (fl. 70), entretanto pleiteou nomeação à autoria ou chamamento ao processo. Afirmou que pactuada construção por administração, área de 3.397,2838m², a qual dependia da contribuição dos condôminos. O sistema adotado era de preço de custo, em razão do qual a obrigação de pagamento do custo integral da obra era dos condôminos. A obra foi parcialmente executada e há benfeitoria no imóvel, a qual pertence aos condôminos. Houve inadimplemento de parte dos condôminos, prejudicando o andamento regular da obra. Foi reformulado o projeto da obra, com exclusão de um andar para economia. A inadimplência e a desistência dos condôminos aumentaram e ensejaram a paralisação da obra por falta de recursos. A construtora não deu causa ao atraso na conclusão da obra, pois a responsabilidade é dos condôminos. Em contranotificação, informou a autora acerca do cumprimento das suas obrigações como administradora e do caráter informativo e estimativo do prazo e dos custos da obra, pois o preço total somente seria definitivo ao final da obra. A construção parcial está orçada em R\$ 350.000,00. Incabível a reintegração de posse, diante da venda do imóvel e da posse da construtora até final da obra. Há ação judicial em trâmite ajuizada pelo condômino Leonildo Taffarel. Há necessidade de notificação prévia para constituição em mora, assim somente poderia ser cogitada mora a partir de 17/05/2000. O prazo estimativo para entrega não é absoluto, pois vinculado ao pagamento dos condôminos. A autora tinha ciência da construção pelo sistema de preço de custo desde o contrato de permuta. A impontualidade dos condôminos exclui culpa da administradora, reiterando que os prazos são estimativos. Os contratos de promessa de compra e venda das frações são irretroatáveis, portanto a construção pertence aos condôminos. Não descumpriu o contrato, portanto incabível aplicação de multa. O pagamento de aluguéis representaria enriquecimento sem causa da autora. Incabível indenização por perdas e danos, porque a data de entrega era estimativa, além disso, não há prova de que seriam alugados os apartamentos.

L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. Apresentou reconvenção, alegando, em síntese, que a autora deverá ressarcir o valor da construção aos condôminos na hipótese de procedência do pedido, por intermédio da administradora, além de perdas e danos. Apontou investimento de aproximadamente R\$ 350.000,00. Incabível a divisão ou demolição da construção. Pleiteou a condenação da autora a indenizar o valor investido na construção e perdas e danos para posterior rateio entre os condôminos.

Réplica às fls. 772/786.

Contestação à reconvenção às fls. 788/794, na qual alegou ausência de conexão com a ação principal. Incabível a reconvenção, pois a administradora pleiteia indenização em nome dos condôminos. Reiterou descumprimento do contrato pela construtora e é esta quem tem que indenizar os condôminos.

Sentença às fls. 796/838. Rejeitados embargos de declaração (fls. 846/848). Conforme acórdão de fls. 917/922, anulou-se a sentença a partir da contestação para citação de litisconsortes necessários.

Requerimento de citação dos litisconsortes às fls. 928/929. Informação dos nomes dos litisconsortes: Avelino Stedille e Maria Stedille, Carlos Alberto e Marisa Maciel, Cerâmica Andrade Ltda., Clévio Ivo Dal Piaz, Edicir Soligo, Erci Terezinha Baron, João Cavaliere, Kátia Maria Martins Ribeiro, Leoberto Lorenzetti e Maria Goretti Buzanello, Lorenzetti Materiais de Construção Ltda., Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Dalfovo Gick, Milton e Maria Casagrande, Moacir e Salete Pasinato, Mônica Valler, Rosane Bettu, Rosângela Pozza e Valdecir José Grezzana (fls. 930/931).

As partes pleitearam suspensão do processo para viabilizar acordo (fl. 932).

Maria Goretti Buzanello, Leoberto Lorenzetti, Rosângela Pozza e Erci Terezinha Baron apresentaram contestação. Sustentaram que, inicialmente, houve contrato de permuta entre a autora e a Borges & Motter Ltda., entretanto, posteriormente, substituído por compra e venda mediante pagamento em dinheiro. A Borges & Motter Ltda. se apresentava aos adquirentes das unidades como proprietária e possuidora do imóvel, portanto aquele contrato não interfere nos negócios firmados com os adquirentes. Arguiram: impossibilidade jurídica do pedido de reintegração, pois não há pacto de reserva de domínio e a venda é ato jurídico perfeito. Firmaram contrato de compra e venda com a Borges & Motter Ltda., que se propôs a construir prédio na forma de condomínio pelo preço de custo, apresentando-se como proprietária de imóvel livre de ônus. Não constou no contrato qualquer obrigação da empresa com a ex-proprietária do imóvel. Não há responsabilidade dos condôminos com a ex-proprietária. Os condôminos não foram cientificados de descumprimento de obrigações da empresa pela autora. Incabível a rescisão do contrato de compra e venda, tendo em vista o cumprimento substancial da obrigação pelos condôminos.

Rosane Bettu Grezzana e Valdecir José Grezzana apresentaram contestação nos mesmos termos de Maria Goretti Buzanello, Leoberto Lorenzetti, Rosângela Pozza e Erci Terezinha Baron. Da mesma forma, Edicir Soligo.

Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Rivero Gick, João Carlos Cavaliere, Clélio Ivo Dal Piaz, Moacir Pasinato, Salete Foscharini Pasinato, Carlos Alberto Maciel, Marisa Fochesatto Maciel, Mônica Valler, Avelino Stedille, Mariab Santana Stedille, Cerâmica Andrade Ltda., Lorenzetti Materiais de Construção Ltda. apresentaram reconvenção. Alegaram aquisição de unidades residenciais, que deveriam ter sido construídas, e pagaram parte significativa do preço, apesar de a obra não ter ultrapassado o primeiro andar dos nove previstos. Agiram de boa-fé com base na escritura de venda do imóvel em favor da construtora. Na hipótese de procedência, a autora deverá ressarcir os valores pagos pelos adquirentes (fl. 1088).

Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Rivero Gick, João Carlos Cavaliere, Clélio Ivo Dal Piaz, Moacir Pasinato, Salete Foscharini Pasinato, Carlos Alberto Maciel, Marisa Fochesatto Maciel, Mônica Valler, Avelino Stedille, Maria Santana Stedille, Cerâmica Andrade Ltda., Lorenzetti Materiais de Construção Ltda. apresentaram contestação. Arguiram: carência de ação, porque não requerida a rescisão ou anulação da venda do imóvel à empresa. Assim, a rescisão do contrato de permuta não trará resultado útil à autora, porquanto não restituirá o domínio do imóvel. Eventual rescisão do contrato por descumprimento de obrigações da empresa não poderá atingir terceiros de boa-fé, mostrando-se viável apenas indenização a cargo da construtora. O contrato de compra e venda do imóvel foi quitado em dinheiro, conforme consta na escritura. Asseveraram que todos os condôminos pagaram proporcionalmente percentual maior do que a obra executada, portanto não procede a alegação de descumprimento por parte destes.

Egide Dallagnol apresentou contestação à reconvenção, reiterando o descumprimento de obrigações pela

Borges & Motter Ltda., em razão do que retomaria a propriedade do imóvel. Não tem relação jurídica com os reconvincentes, competindo à construtora arcar com responsabilidade perante estes. Apresentou também réplica às contestações.

Milton e Maria Casagrande foram citados (fl. 1010 verso) e não apresentaram resposta.

Em audiência, as partes pleitearam suspensão do processo para tentativa de acordo (fl. 1480).

Decorrido prazo, as partes apresentaram alegações finais.

Verificou-se falta de citação de um litisconsorte (fl. 1512). A autora pleiteou citação por edital (fls. 1516/1517). Determinada citação por carta precatória (fl. 1518) e, após, por edital (fl. 1535). Nomeado curador especial (fl. 1542), este alegou nulidade da citação, porque não esgotadas tentativas de citação pessoal (fls. 1544/1545).

Houve intervenção de Kátia Maria Martins Ribeiro à fl. 1555 e, na sequência, apresentou contestação. Alegou que o contrato de permuta foi substituído por compra e venda do imóvel. No contrato firmado com a empresa, esta constava como proprietária e o imóvel livre de ônus, sem menção a obrigações com a ex-proprietária. Agiu de boa-fé e pagou quase a totalidade do preço da compra, portanto incabível a rescisão do contrato.

Manifestação da autora e demais réus na sequência.

A Magistrada de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, afasto as preliminares de ilegitimidade passiva e impossibilidade jurídica de pedido e, com base no art. 269, I, do CPC:

a) **JULGO PROCEDENTE** o pedido de resolução do contrato de permuta para **CONDENAR** L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda.:

a.1) ao pagamento de valor equivalente a quatro frações ideais de terreno e respectivas unidades e vagas de garagem, área de 556,0930m² (matrícula nº 7929) com incidência de juros de mora, de 1% ao mês, a partir da constituição em mora com a notificação extrajudicial (21/06/2000), e correção monetária, pelo INPC, a partir do cálculo em liquidação;

a.2) ao pagamento do valor do aluguel de três apartamentos e respectivas vagas de garagem a título de lucro cessante, com incidência de juros de mora, de 1% ao mês, a partir da constituição em mora com a notificação extrajudicial (21/06/2000), e correção monetária, pelo INPC, a partir do cálculo em liquidação;

a.3) ao pagamento de valor de aluguel de imóvel para residência própria desde dezembro/1992 até o efetivo pagamento da indenização, com desconto dos valores parciais pagos a este título (dezembro/1999 - fl. 402; janeiro/2000 a abril/2000, fls. 399/400). O valor relativo ao período de dezembro/1992 a fevereiro/2000 equivale à soma dos recibos de fls. 404 a 446 e 401 e 403, com incidência de juros de mora, de 1% ao mês, e correção monetária, pelo INPC, a partir de cada pagamento. O valor relativo ao período de março/2000 até o efetivo pagamento da indenização será alcançado em liquidação, mediante comprovação por recibos.

a.4) ao pagamento de 20 salários mínimos, valor vigente na data da constituição em mora (21/06/2000), com correção monetária a partir de então pelo INPC, a título de multa;

b) **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos de resolução do contrato de permuta, de condenação ao pagamento de valor equivalente a quatro frações ideais de terreno e respectivas unidades e vagas de garagem, área de 556,0930m² (matrícula nº 7929), de condenação ao pagamento do valor do aluguel de três apartamentos e respectivas vagas de garagem a título de lucro cessante, de condenação ao pagamento de valor de aluguel de imóvel para residência própria e de condenação ao pagamento de 20 salários mínimos em relação a Avelino Stedille e Maria Stedille, Carlos Alberto e Marisa Maciel, Cerâmica Andrade Ltda., Clévio Ivo Dal Piaz, Edicir Soligo, Erci Terezinha Baron, João Cavalieri, Kátia Maria Martins Ribeiro, Leoberto Lorenzetti e Maria Goretti

Buzanello, Lorenzetti Materiais de Construção Ltda., Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Dalfovo Gick, Milton e Maria Casagrande, Moacir e Salete Pasinato, Mônica Valler, Rosane Bettu, Rosângela Pozza e Valdecir José Grezzana;

c) **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido de resolução de promessas de compra e venda e construção por administração;

d) **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido de reintegração de posse e de perda de acessão sobre imóvel matriculado sob nº 7929;

e) **EXTINGO**, sem resolução do mérito, a reconvenção interposta por L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda., com base no art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade ativa;

f) **EXTINGO**, sem resolução do mérito, a reconvenção interposta por Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Rivero Gick, João Carlos Cavalieri, Clélio Ivo Dal Piaz, Moacir Pasinato, Salete Foscharini Pasinato, Carlos Alberto Maciel, Marisa Fochesatto Maciel, Mônica Valler, Avelino Stedille, Maria Santana Stedille, Cerâmica Andrade Ltda., Lorenzetti Materiais de Construção Ltda., com base no art. 267, VI, do CPC, por ausência de interesse de agir.

Com base no art. 20, §4º, e 21 do CPC, condeno L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. ao pagamento de 2/3 das custas e de honorários ao procurador da autora no percentual de 10% sobre o valor total e atualizado da condenação do item “a”.

Condeno a autora ao pagamento de 1/3 das custas e de honorários ao procurador da L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. no valor de R\$ 2.000,00, obrigação suspensa na forma do art. 12 da Lei nº 1060/50, porque beneficiária da JG.

Com base no art. 20, §4º, do CPC, tendo em vista a matéria discutida, o trabalho exigido, o tempo de trâmite, o conteúdo econômico da demanda, condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 5.000,00 a cada um dos procuradores de 1) Maria Goretti Buzanello, Leoberto Lorenzetti, Rosângela Pozza e Erci Terezinha Baron; Rosane Bettu Grezzana e Valdecir José Grezzana e Edicir Soligo; 2) Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Rivero Gick, João Carlos Cavalieri, Clélio Ivo Dal Piaz, Moacir Pasinato, Salete Foscharini Pasinato, Carlos Alberto Maciel, Marisa Fochesatto Maciel, Mônica Valler, Avelino Stedille, Maria Santana Stedille, Cerâmica Andrade Ltda., Lorenzetti Materiais de Construção Ltda.. Obrigação suspensa Márcio Rivero Gick, Leila Sandra Rivero Gick, João Carlos Cavalieri, Clélio Ivo Dal Piaz, Moacir Pasinato, Salete Foscharini Pasinato, Carlos Alberto Maciel, Marisa Fochesatto Maciel, Mônica Valler, Avelino Stedille, Maria Santana Stedille, Cerâmica Andrade Ltda., Lorenzetti Materiais de Construção Ltda.

Publique-se. Registre. Intimem-se.

A litisconsorte passiva Katia Maria Martins Ribeiro opôs embargos de declaração às fls. 1631-1632, os quais foram acolhidos para fins de fixar honorários advocatícios em favor do seu procurador (fls. 1639-1640).

A ré L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. também opôs embargos de declaração (fls. 1634-1637), os quais, contudo, foram rejeitados pela Magistrada *a quo* (fls. 1641-1642).

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a demandada L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. interpôs apelação (fls. 1647-1662), defendendo, em suma, que a relação jurídica firmada junto à autora obedeceu ao sistema de construção por administração (art. 58 da Lei n. 4.591/64). Nesse sentido, argumenta que “*a então proprietária do terreno objeto do litígio obrigou-se a permutá-lo com a antecessora da recorrente, com a finalidade expressa de, sobre dito imóvel, ser erguido um*”

*prédio de apartamentos no prazo de três anos, recebendo a apelada, em troca, quatro apartamentos (de n. 100, 102, 103 e 104) e mais os respectivos boxes de estacionamento (de n. 35, 36, 37 e 38), totalizando 556,09305m² (quinhentos e cinquenta e seis mil, trezentos e cinco centímetros) de área construída” (fl. 1652). Alega que, após estar a edificação com cerca de um terço (1/3) concluída, as obras foram paralisadas em decorrência da inadimplência de parte dos condôminos, não havendo, na sua concepção, que se falar em inadimplência por sua parte, pois “*tudo sempre foi muito claro e transparente: tratava-se de um investimento que se almejava fosse mutuamente vantajoso, e, como qualquer investimento, estava sujeito a riscos para ambas as partes*” (fl. 1653). Acrescenta, ainda, que “*a exordial, para a exposição dos fatos, não buscou o caminho verídico, mas sim o mais simples, que consistiu na redução da complexa transação que envolveu três partes (alienante, construtora e condôminos-proprietários), a uma simples relação bilateral de compra e venda entre a demandante e a recorrente [...] chegando a postulações incompletas, ilegais e até em busca de enriquecimento sem causa*” (fl. 1653). Requer, acaso reconhecida a natureza peculiar do negócio firmado, a declaração de sua ilegitimidade passiva *ad causam*, colacionando precedentes no sentido de que, na modalidade de construção a preço de custo, cabe à construtora apenas a execução da edificação, sendo responsabilidade dos condôminos o adimplemento das prestações para conclusão da obra. Por fim, sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso *sub examine*, bem como aduz a ocorrência de julgamento *extra petita* no tocante à sua condenação ao pagamento de “*valor de aluguel de imóvel para reincidência própria da apelada, desde dezembro/1992 até o efetivo pagamento da indenização, com desconto dos valores parciais pagos a este título*”, pois esta verba não teria sido postulada pela autora. Finalmente, pleiteia a readequação dos encargos sucumbenciais.*

Contrarrrazões às fls. 1669-1673, 1675-1682 e 1685-1691.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. contra sentença que, nos autos da “*ação ordinária de rescisão de contrato de permuta c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos*”, ajuizada em seu desfavor por Égide Dallagnol, julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, condenando-a ao pagamento de 2/3 (dois terços) das custas processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais em favor do patrono da autora, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido, ao menos em parte.

1 Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Defende a recorrente a inaplicabilidade da legislação consumerista no caso concreto (fl. 1660).

Todavia, o pedido não merece maiores digressões, porquanto sequer houve discussão acerca da aplicabilidade do CDC no feito em análise, de modo que a Togada de primeiro grau nada dispôs sobre o tema na decisão hostilizada.

Nesse andar, evidente que a apelante não possui interesse recursal com relação a este tema no julgamento singular, nos termos da lição de Hélio do Valle Pereira:

[...] Há interesse quando concorram necessidade e utilidade no provimento judicial. Isso quer dizer que não caberá apelação contra sentença de improcedência em ação de cobrança se o réu espontaneamente satisfaz o crédito reclamado. Não cabe recurso, por igual, para simplesmente alterar a fundamentação do julgado favorável ao autor, adequando-a aos caprichos técnicos da parte vencedora - faltará utilidade ao recurso (Manual de Direito Processual Civil, 2. ed. São José: Editora Conceito, 2008, p. 750).

Assim, a insurgência não é conhecida no ponto, pois o “interesse *em impugnar os atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se demonstra caminho necessário. À luz dessa noção básica, o interesse em recorrer resulta da conjugação de dois fatores autônomos, mas complementares: a utilidade e a necessidade do recurso*” (Assis, Araken de. Manual dos recursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 170).

Dessarte, indemonstrada a necessidade e a utilidade do manejo da via recursal para atingir sua pretensão, não se conhece da matéria agitada.

2 Mérito

Busca a recorrente a reforma da sentença de primeiro grau para fins de julgar improcedentes os pedidos exordiais, ao argumento de que o “contrato particular de permuta de terreno por área construída” firmado entre sua antecessora e a autora, na data de 10-2-1992, obedecia ao sistema de construção por administração (“a preço de custo”), previsto no art. 58 Lei n. 4.591/64, razão pela qual o inadimplemento das prestações financeiras por parte dos condôminos implicou na impossibilidade de entrega dos quatro apartamentos e boxes prometidos à autora, os quais consubstanciavam a contraprestação à transmissão do imóvel (terreno) de sua propriedade.

Nesse contexto, aduz não ter ocorrido inadimplência por sua culpa, porquanto a cessação dos recursos redundou automaticamente na paralisação das obras quando estavam com cerca de 1/3 (um terço) concluídas, inviabilizando cumprir o negócio, cujo risco, na sua concepção, era de total conhecimento da autora, uma vez que se tratava “de um investimento que se almejava fosse mutuamente vantajoso [...]”, além de não se resumir a “uma simples relação bilateral de compra e venda entre a demandante e a recorrente” (fl. 1653), pois envolvia três partes (alienante, construtora e condôminos-proprietários).

A irresignação, contudo, não merece prosperar.

De início, convém esclarecer que o contrato de incorporação imobiliária, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, “é negócio jurídico mediante o qual o incorporador se obriga a promover e realizar uma construção imobiliária destinada à alienação das unidades autônomas, com o pagamento à vista ou em prestações” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário – teoria e prática*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 162).

Nesse contexto, o art. 28, parágrafo único, c/c art. 29, ambos da Lei 4.591/1964, fornecem os elementos para definição do contrato de incorporação imobiliária e da figura do incorporador:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Acerca da modalidade de incorporação por administração, a Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias dispõe, *ipsis litteris*:

Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado “a preço de custo”, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II- todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.

Em comentários ao dispositivo supracitado, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

A construção pode ser por administração ou a preço de custo, na qual os adquirentes assumem a responsabilidade pelo pagamento do custo integral da obra. Ainda que do contrato conste a estimativa de seu preço, será meramente informativo. **Pela própria natureza, a construção, sob este regime, traduz o encargo de custeio total pelos adquirentes, na forma do que ficar previsto no contrato, ou em proporção das frações ideais do terreno** (art. 58).

No entanto, neste contrato, a lei acautela os adquirentes contra a malversação de suas economias, determinando que as faturas, as duplicatas, os recibos e quaisquer documentos sejam emitidos em nome do condomínio dos contratantes, para o que se torna desde logo necessário identificá-lo. Se o mesmo construtor tocar simultaneamente mais de uma obra, terá de efetuar as encomendas e os pedidos em nome de cada uma, para que os títulos e as quitações venham discriminados (art. 58, § 1.º).

A fim de evitar, por outro lado, a confusão de contas e o mau emprego dos recursos de um prédio em outro, as contribuições dos adquirentes serão, igualmente, recolhidas em contas individuadas e distintas, a serem movimentadas na forma que o contrato prevê (art. 58, § 2.º), inclusive com o visto da Comissão de Representantes ou de um de seus membros, se assim ficar estipulado. Grandes prejuízos têm sido exatamente causados pelo mau emprego das verbas, quando o dinheiro dos adquirentes de unidades em um edifício é desviado para outro construído pelo mesmo profissional e, quando se informam aqueles, lá se foram os recursos e vem a falta de numerário.

No regime de construção por administração, é obrigatório (art. 59 e seus parágrafos) que o contrato registre o orçamento do custo da obra, com estrita observância dos critérios e das normas padronizados para cada tipo de prédio pela ABNT, segundo o disposto no art. 53 da Lei n. 4.591 [...] (Condomínio e

incorporações. Atualização Sylvio Capanema de Souza; Melhim Namem Chalhub. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 314, grifou-se).

Dessa forma, pode-se afirmar que a construção por regime de administração, também denominada “a preço de custo”, consiste na modalidade de edificação de obra cuja responsabilidade pelo adimplemento recai sobre os proprietários e/ou adquirentes, mediante aporte de parcelas periódicas, na proporção das frações ideais do terreno correspondente às respectivas unidades autônomas. Diferencia-se esta espécie, portanto, da construção “a preço fechado”, onde o comprador adquire o imóvel por valor certo, previamente fixado com a construtora, a qual assume os riscos do negócio e se obriga a entregar o bem de raiz no prazo contratado, dentro das dimensões e especificações constantes do memorial de incorporação.

De outra banda, no âmbito das incorporações imobiliárias é comum a prática de mútuo do terreno no qual será construído o prédio, em troca de unidades futuras ao promitente vendedor, estruturando-se o negócio em contrato de permuta onerosa, mediante o qual o antigo proprietário do imóvel procede à transferência do bem à incorporadora, sob a promessa de recebimento de unidades imobiliárias a serem construídas na propriedade, cujas características lhe são passadas de forma superficial (p. ex. total de metros quadrados e quantidades de unidades). Assim, se o contrato alcança o propósito, ao final, o primitivo proprietário do terreno recebe as unidades decorrentes da permuta (Cf. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Ob. cit., pp. 176-17).

No entanto, também é comum ocorrerem patologias no negócio, como paralisação das obras, atrasos na entrega do edifício, descumprimento do compromisso de registrar a incorporação em determinado prazo, entre outras, podendo o promitente-permutante ver frustrado o lícito direito de receber as unidades imobiliárias que lhes foram prometidas, ou seja, o efetivo pagamento do negócio celebrado. Nesses casos, embora seja solução de difícil implementação, **via de regra**, é permitido ao primitivo dono do terreno recorrer à aplicação dos arts. 40 da Lei n. 4.591/1964, assim redigido:

Art. 40. No caso de rescisão de contrato de alienação do terreno ou de fração ideal, ficarão rescindidas as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno.

§ 1º Nesta hipótese, consolidar-se-á, no alienante em cujo favor se opera a resolução, o direito sobre a construção porventura existente.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas haverá do mencionado alienante o valor da parcela de construção que haja adicionado à unidade, salvo se a rescisão houver sido causada pelo ex-titular.

§ 3º Na hipótese dos parágrafos anteriores, sob pena de nulidade, não poderá o alienante em cujo favor se operou a resolução voltar a negociar seus direitos sobre a unidade autônoma, sem a prévia indenização aos titulares, de que trata o § 2º.

§ 4º No caso do parágrafo anterior, se os ex-titulares tiverem de recorrer à cobrança judicial do que lhes for devido, somente poderão garantir o seu pagamento a unidade e respectiva fração de terreno objeto do presente artigo.

Todavia, também não me parece inviável a resolução do contrato, com a apuração e reconhecimento

de perdas e danos à parte lesada, à teor dos arts. 475 e 533 do Código Civil, notadamente quando esta solução se mostra muito mais afinada com a preservação simultânea dos interesses da alienante do terreno e também dos condôminos adquirentes do empreendimento frustrado.

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

Não se desconhece que, em casos semelhantes, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO. ART. 40 DA LEI 4.591/64- LEI DE CONDOMÍNIO EM EDIFICAÇÕES E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS. PERMUTA DE TERRENO URBANO POR ÁREA CONSTRUÍDA. INADIMPLEMENTO DA INCORPORADORA. RETORNO DO IMÓVEL AOS ALIENANTES EM RAZÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. TRANSAÇÃO QUE EXIME A RESPONSABILIDADE DOS ALIENANTES EM RELAÇÃO A EVENTUAIS ADQUIRENTES. CLÁUSULA INEFICAZ. INDENIZAÇÃO AOS EX-TITULARES.

[...]

6. É certo que “em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação - uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não **havendo contratado a construção do edifício - não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse**”. Todavia, “o deferimento fica condicionado às exigências do § 2º do art. 40 da Lei das Incorporações, Lei nº 4.591/64, para inclusive resguardar os interesses de eventuais terceiros interessados”, que “deverão ser comunicados do decidido, podendo essa comunicação ser feita extrajudicialmente, em cartório” (REsp 489.281/SP, Rel. para acórdão Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 15.03.2003).

7. “O valor da indenização, de que trata o § 2º do art. 40 da Lei 4.591/64, a ser paga pelo primitivo proprietário do terreno ao ex-titular da unidade anteriormente adquirida deve ter como base de cálculo, na sua aferição, o que efetivamente valer referida unidade no momento do pagamento da indenização, proporcional ao estágio da construção quando foi paralisada, por ter sido desconstituído o primitivo negócio, incluído aí o valor da fração ideal do terreno” (REsp 282.740/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 18.02.2002).

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 1107117/SC, rel. Min Vasco Della Giustina, (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, j. 22-2-2011, grifou-se).

DIREITO CIVIL. CONTRATO. PERMUTA. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OBRA NÃO CONCLUÍDA. VENDA DAS UNIDADES A TERCEIROS DE BOA-FÉ. RESCISÃO DO CONTRATO. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. DEFERIMENTO. ART. 40, § 2º, LEI N. 4.591/64. RECURSO PROVIDO.

I - Em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação - uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não havendo contratado a construção do edifício - não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse.

II - O deferimento, no entanto, fica condicionado às exigências do § 2º do art. 40 da Lei das Incorporações, Lei nº 4.591/64, para inclusive resguardar os interesses de eventuais terceiros interessados.

III. - Recurso Especial provido.

(REsp 879.548/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 17-8-2010, grifou-se).

Todavia, até pela ausência de recurso contra sentença, tal solução não interessa à autora da demanda.

No caso *sub examine*, são fatos incontroversos nos autos (art. 334, II e III, CPC/73; art. 374, II e III, CPC/2015): (i) a existência e a validade do “contrato de permuta de terreno por área construída” firmado entre as partes, na data de 10-2-1992; (ii) a transmissão da propriedade do imóvel da autora (matrícula 7929) à incorporadora; (iii) a paralisação das obras iniciadas pelo sistema de construção a preço de custo; bem como (iv) a não entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes. Assim, cinge-se a controvérsia a saber qual tipo de relação subsiste entre a autora (promitente vendedora do imóvel) e a construtora demandada, a fim de definir se esta deve ou não responder pelo inadimplemento da obrigação acordada.

A insurgente, como visto, imputa a culpa pelo descumprimento contratual aos condôminos/adquirentes das cotas de construção por administração, ao argumento de que a inadimplência destes implicou na execução parcial da obra (1/3) e na conseqüente paralisação da edificação, impossibilitando a entrega das unidades imobiliárias prometidas à antiga proprietária do terreno permutado, ora autora/apelada.

Entretanto, vislumbra-se a existência de duas relações jurídicas distintas: (1) aquela firmada entre a autora Égide Dallagnol com a antecessora da construtora L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda., então denominada Borges e Motter Ltda., por meio do “contrato particular de permuta de terreno por área construída” (fls. 34-37), no qual a demandante transfere seu terreno com pequena edificação e lhe é prometida, como contraprestação, a entrega de 4 (quatro) apartamentos, com as respectivas vagas de garagem, além do pagamento de alugueres após a desocupação do imóvel, durante o período de construção da obra; e (2) o negócio estabelecido entre a incorporadora e os condôminos/adquirentes das unidades individuais dos empreendimentos (litisconsortes passivos necessários), sob o regime de administração (preço de custo), previsto no art. 58, da Lei n. 4.591/1964.

Sem embargo da ciência da autora quanto ao regime de construção por administração (cláusula nona, parágrafo único, fl. 36), as duas relações contratuais referidas nos autos não se confundem, apesar de a segunda decorrer da primeira.

Isso porque a autora transferiu a propriedade do imóvel para a construtora e com isso cumpriu sua parte do negócio, aguardando o pagamento pelo terreno que correspondia aos quatro apartamentos e às respectivas vagas de garagem, bem como aos alugueres pelo período que ficaria desabrigada, até

conclusão das obras, não constando no contrato qualquer obrigação em participar das obras com qualquer pagamento dos custos. Logo, em relação à autora, independentemente da modalidade de construção do empreendimento, era responsabilidade da construtora garantir o pagamento do valor do terreno no prazo e no preço estabelecidos.

Dessa forma, como bem delineado pela Magistrada singular, embora os proprietários/condôminos sejam, de fato, responsáveis pelo pagamento do custo integral da obra para sua fiel execução, “isso não suprime as obrigações pessoais assumidas pela L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda. no contrato de permuta/compra e venda, sobretudo a entrega do objeto (área construída) ou o pagamento do respectivo preço” (fl. 1620).

Em análise detida ao contrato de fls. 34-37, verifica-se que a incorporadora assumiu única e exclusivamente o compromisso de entregar à autora área total de 556,09305m² (quatro apartamentos e boxes) em permuta pelo imóvel matriculado sob o n. 7929, além de ter se obrigado a realizar o empreendimento no prazo de 3 (três) anos, a partir da aprovação do projeto (cláusula sétima), ocorrida em 26-3-1992 (fl. 62). Contraiu, também, o compromisso de pagar aluguel à autora durante o período de edificação do empreendimento, desde a data da desocupação, esta agendada para o mês de setembro de 1992 (cláusula décima primeira).

De mais a mais, embora a antecessora da construtora ré, Borges & Motter Ltda., tenha repassado obrigações contratuais suas aos adquirentes das unidades imobiliárias, por meio de contrato autônomo (fl. 168), isto ocorreu sem a anuência e/ou intervenção da autora (promitente-permutante). Ora, se a ideia era vincular as duas relações jurídicas (vendedora do imóvel e condôminos), deveria tê-lo feito em termos mais claros, com contrato assinado por todos os envolvidos na suposta relação “triangular”, em respeito à boa-fé tanto da vendedora do imóvel quanto dos adquirentes das cotas por administração.

Por tal razão, especificamente no caso em comento, não se deve aplicar o disposto no art. 40 da Lei de Construções e Incorporações Imobiliárias, porquanto, como acertadamente esclareceu a Togada de primeiro grau, “a interpretação sistemática deste dispositivo leva à conclusão de que seria hipótese de anulação, mormente quando já ultrapassada fase de negociação para ingressar na construção do empreendimento, caso contrário, inevitavelmente terceiros de boa-fé seriam atingidos [...] assim, as promessas de compra e venda não são afetadas pelo descumprimento da permuta pela incorporadora/construtora, pois apenas esta responde pelo preço, seja qual for a forma de pagamento (por área construída ou espécie), sem embargo da discussão daqueles contratos e de eventual direito de regresso em ação autônoma” (fl. 1621, sublinhou-se).

Dessarte, porque demonstrado o descumprimento contratual por culpa da antecessora da construtora ré, e, diante da transferência do imóvel no registro imobiliário com posterior venda a terceiros de boa-fé, a resolução do contrato por inadimplemento é medida que se impõe, resolvendo-se o impasse em perdas e danos – sem ressalva da condenação da incorporadora às penalidades contratuais –, conforme bem decidiu a Juíza de Direito (art. 389, CC/2002), cuja fundamentação adota-se como razões de decidir, para evitar tautologia, *in verbis*:

Quanto às perdas e danos, incluem dano emergente e lucros cessantes.

Assim, a autora faz jus ao valor equivalente a quatro frações ideais de terreno e respectivas unidades e vagas de garagem, área de 556,0930m². Em liquidação de sentença, deverá ser avaliado o valor que os imóveis alcançariam no empreendimento Residencial Di Vicenza se concluída a obra. Incabível a fixação do dano material com base no valor estipulado na escritura de compra e venda, porque não condiz com a vantagem do negócio para ambas as partes.

Com a permuta por quatro apartamentos e vagas de garagem, excluído um deles para residência própria, o aluguel dos demais para obtenção de renda configura lucro cessante. Não se trata de simples expectativa, pois inerente à natureza da troca e normalmente o proprietário não deixa imóveis inutilizados arcando com despesas. O valor do aluguel de imóveis deverá ser arbitrado em liquidação de sentença, com base em parâmetros de imóveis semelhantes.

Sobre estes valores, por se tratar de obrigação ilíquida, incidirão juros de mora, de 1% ao mês, a partir da constituição em mora com a notificação extrajudicial (21/06/2000), e correção monetária, pelo INPC, a partir do cálculo em liquidação.

A autora faz jus, ainda, ao valor de aluguel de imóvel para residência própria desde a desocupação até o efetivo pagamento da indenização, pois o termo final seria a entrega dos imóveis, mas, diante da impossibilidade, a indenização cumprirá a finalidade de recompor o patrimônio imobiliário da autora. O termo inicial será dezembro/1992, pois, embora estipulado setembro/1992 como data de desocupação do imóvel, pela ata de fl. 448 e recibo de fls. 404/406, o início da obra e a consequente desocupação do imóvel ocorreram em dezembro/1992.

O valor do aluguel ficou estipulado no contrato conforme o imóvel (cláusula 11^a – p. 36). Neste ponto, a indenização deverá ser equivalente ao que a autora pagou até o cumprimento integral da sentença, por se tratar de parcelas de trato sucessivo.

De dezembro/1992 a fevereiro/2000, os valores são aqueles comprovados pelos recibos de fls. 404 a 446 e 401 e 403. Deverão ser descontados os valores parciais pagos a título de aluguel pelo condomínio (dezembro/1999 - fl. 402; janeiro/2000 a abril/2000, fls. 399/400). Entretanto, porque a obrigação contratual era da L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda., não cabe imputar ao condomínio o pagamento do remanescente. Se este honrou por determinado período o compromisso da incorporadora/construtora, não interfere na obrigação desta, sem embargo de direito de regresso em ação autônoma.

Por se tratar de obrigação líquida, incidirão juros de mora, de 1% ao mês, e correção monetária, pelo INCP, a partir de cada pagamento.

Incide a multa de 20 salários mínimos por descumprimento do contrato, conforme cláusula sexta (fl. 35), pelo salário-mínimo vigente na data da constituição em mora (21/06/2000), com correção monetária a partir de então pelo INPC.

Por fim, como não ocorreu a reversão da propriedade do terreno para a autora, bem como esta não se beneficiou das benfeitorias sobre ele já edificadas, improcede qualquer pleito indenizatório em favor dos adquirentes das unidades (litisconsortes passivos).

Dessarte, nega-se provimento ao recurso no ponto, resultando prejudicada a análise do pedido de reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da apelante acaso “evidenciada a natureza do negócio entre as partes” (fl. 1657), porquanto este Órgão Julgador reconhece que, no tocante à relação jurídica firmada com a autora/apelada, não se aplica o regime de construção por administração (preço de custo), a justificar a ausência de legitimidade pelo rompimento do contrato.

3 Julgamento extra petita

Sustenta a insurgente a ocorrência de julgamento *extra petita*, no tocante à sua condenação ao pagamento do “valor de aluguel de imóvel para residência própria [da apelada] desde dezembro/1992 até o efetivo pagamento da indenização, com desconto dos valores parciais pagos a este título” (fl. 1662), porque não pleiteada tal verba na exordial.

Nesse contexto, aduz que “quando os pedidos foram formulados, esse item não foi contemplado no rol de pretensões da apelada, de sorte que, nos termos dos artigos 293 e 460 do antigo Código de Processo Civil, era inviável que fosse concedido” (fl. 1662).

Razão, contudo, não lhe socorre.

Isso porque, embora não tenha consignado o pedido ao final da peça inicial, a autora afirmou, no decorrer da fundamentação da causa de pedir remota, que “a ré L. Fogaça Planejamento e Construções Ltda., além de não ter cumprido com o compromisso de fazer a entrega dos apartamentos e boxes no prazo legal, **ainda não vem pagando o aluguel que se comprometeu a fazê-lo até a efetiva data, o que ocasionou inúmeros problemas para autora**, inclusive ameaça de ser mandada para o cadastro de maus pagadores, em virtude das dificuldades que estava passando para pagar o aluguel” (fl. 8).

Dessa forma, prestigiando-se a teoria da substanciação, adotada pelo ordenamento brasileiro, aliado aos princípios do livre convencimento do Juiz e do *iura novit curia*, o Togado não deve ficar adstrito somente aos fundamentos jurídicos e ao rol de pedidos formulados ao final da petição inicial, a qual deve ser interpretada de forma lógico-sistemática, de modo que a conclusão acerca do acolhimento ou não das pretensões se extrai de toda a argumentação desenvolvida na peça.

Assim, observa-se que a sentença atendeu ao princípio da adstrição ou congruência (art. 128 do CPC/1973), porquanto, do cotejo entre os pedidos iniciais e aqueles acolhidos pelo Juízo *a quo*, não se observa condenação a verba não pleiteada na inicial.

Nesse sentido, a longa tradição do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO. COBRANÇA DE ALUGUERES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. INFRAÇÃO CONTRATUAL CARACTERIZADA. REEXAME DE FATOS E DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ entende que o pedido é o que se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, levando-se em conta os fatos narrados e a causa de pedir, sendo que não ocorre julgamento extra petita quando não há afronta aos limites objetivos do pedido e o resultado da decisão é uma decorrência lógica dos fatos e fundamentos expostos na exordial. Precedentes.

[...]

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 667.492/MS, rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, j. 24-4-2018, grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO.

JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO, A PARTIR DE UMA ANÁLISE GLOBAL DA PETIÇÃO INICIAL. DANOS EMERGENTES. DANOS MORAIS. DISTINÇÃO.

PRECEDENTE. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I- O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles **constantes em capítulo especial ou sob a rubrica “dos pedidos”**.

II - Embora não tenha constado, na espécie, pedido expresso por danos morais, toda a argumentação da petição inicial foi nesse sentido. Isso quer dizer que se extrai do pedido a pretensão de danos morais, a despeito de a autora havê-los genericamente denominado “danos emergentes”.

III - Além disso, na espécie, a deficiência na formulação do pedido não acarretou prejuízo à defesa, notadamente porque a própria ré não argumentou, na contestação e nem na apelação, a inépcia da inicial ou a ocorrência de julgamento fora dos limites postulados, tendo essa última questão surgido de ofício, e apenas quando do julgamento da apelação.

(REsp 284.480/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 12-12-2000, grifou-se).

Na mesma senda, deste Tribunal, confira-se: Apelação Cível n. 0018127-06.2011.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 3-10-2018; Apelação Cível n. 0385730-81.2006.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 6-9-2018; e Apelação Cível n. 2008.017492-1, de Itajaí, rel. Des. Victor Ferreira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 22-3-2012.

A propósito, em consolidação à orientação firmada na vigência da Lei n. 5.869/1973, o novo Código de Processo Civil, conforme redação dada ao art. 322, § 2º, destacou que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

Como se não bastasse, a incorporadora apelante impugnou a referida tese proemial em sede de contestação, alegando que “*os alugueis que foram pagos pelo condomínio à autora não podem ser motivo de indenização à mesma, pois expressaria absurdo enriquecimento sem causa*” (fl. 86), o que reforça o fato de não ter a Magistrada singular ultrapassado os limites da lide, pois a própria demandada/apelante interpretou as alegações exordiaias como pretensão passível de análise na forma de pedido.

Dessarte, mantém-se irretocada a sentença nesta parte.

4 Encargos sucumbenciais

Finalmente, observa-se que não houve alteração do resultado da sentença hostilizada, porquanto rejeitada integralmente a insurgência recursal da demandada, razão porque permanecem inalterados os encargos sucumbenciais fixados em primeiro grau. Ademais, com relação ao *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios, não houve insurgência das partes.

Por último, deixa-se de arbitrar honorários sucumbenciais nesta fase recursal, uma vez que o presente recurso foi interposto contra decisão publicada anteriormente ao dia 18-3-2016, consoante orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo n. 7.

5 Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso em parte e, nesta, negar-lhe provimento.

É o voto.

Apelação Cível n. 0309041-30.2014.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO RENOVATÓRIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. IMÓVEL LOCADO PARA INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE PARA DESENVOLVIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 267, VI, DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

ALEGADO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO AJUIZAMENTO DA *ACTIO*. TESE RECHAÇADA. AUSÊNCIA DE PONTO COMERCIAL ESTALECIDO SOBRE O IMÓVEL. INAPLICABILIDADE DA PROTEÇÃO LEGAL ESTAMPADA NO ART. 51 DA LEI N. 8.245/91. REMOÇÃO DA ANTENA TRANSMISSORA DE SINAL DO TERRENO LOCADO QUE NÃO PREJUDICA O FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, TAMPOUCO REPERCUTE NA VALORAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO DA AUTORA/INQUILINA. MERA FIXAÇÃO DA ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE (ERB) INÁBIL AO INCREMENTO E/OU AGREGAÇÃO DE VALOR AO BEM DE RAIZ. MANIFESTA CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA.

PEDIDO DE DILAÇÃO DO PRAZO CONCEDIDO EM PRIMEIRO GRAU PARA DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA DO IMÓVEL. INVIABILIDADE. LAPSO LEGAL DE TRINTA DIAS PREVISTO NA LEI DO INQUILINATO (ART. 74, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.112/2009). MANUTENÇÃO DO PRAZO DE NOVENTA DIAS CONCEDIDO PELO JUÍZO *A QUO*, SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. REBELDIA DESACOLHIDA.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR SE MANIFESTAR SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS APONTADOS PELAS PARTES QUANDO NÃO SE MOSTRAREM RELEVANTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA.

ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO. SENTENÇA INALTERADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. DECISÃO HOSTILIZADA QUE OBSERVOU A QUANTIDADE E EXPRESSÃO DOS PEDIDOS.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0309041-30.2014.8.24.0018, da comarca de Chapecó 4ª Vara Cível em que é apelante Claro S/A e apelados Nereu Tomazelli e outro.

A 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 5 de dezembro de 2018, foi presidido pelo Desembargador Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2018.

Luiz Felipe Schuch

RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 135-139, de lavra da Juíza de Direito Maira Salete Meneghetti, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

Cuida-se de ação renovatória de locação, em que são partes as acima indicadas, todas já qualificadas nos autos.

Como fundamento da pretensão, aduziu a autora, em suma: a) as partes celebraram contrato de locação não residencial, o qual tem por finalidade precípua a instalação e manutenção de estação rádio base para o desenvolvimento de serviço de telefonia celular levado a efeito pela autora; b) o contrato foi celebrado em 10/05/2005, pelo prazo de cinco anos, tendo sido renovado automaticamente em 10/05/2013, estando em plena vigência até a data de 09/05/2015; c) o imóvel foi locado para a exploração do comércio, pelo prazo mínimo e interrupto de três anos, sendo que a empresa autora depende essencialmente da estação instalada no imóvel para o exercício regular de suas atividades; d) todas as obrigações assumidas (aluguel e apólice de seguro contra incêndio) foram cumpridas; e) neste contexto, estão presentes as condições necessárias da ação renovatória, a qual objetiva a renovação do contrato de locação pelo prazo de cinco anos, a contar de 10/05/2015, com a fixação de aluguel no valor de R\$ 685,22; f) além do mais, há nítido interesse público na renovação do contrato de locação, visto que a ré disponibiliza cobertura de serviço de telefonia; g) no caso não resta evidenciada qualquer das situações elencadas no art. 52 da Lei 8.425/91 a fim de justificar a retomada do imóvel; e, h) em caso de eventual despejo, requer a condenação dos réus na indenização pelos danos decorrentes da perda do fundo de comércio, a ser arbitrada em fase de liquidação de sentença. Formulou os demais requerimentos de praxe. Juntou documentos.

Os réus, devidamente citados, ofertaram conjuntamente resposta em forma de contestação, argumentando, igualmente de forma resumida: a) ausência de interesse de agir, tendo em que vista que, considerando que a autora utiliza o imóvel para a implantação de equipamentos de transmissão, não há fundo de comércio a ser protegido; b) carência de ação, tendo em vista que em 02/07/2010 os requeridos denunciaram o contrato, via notificação, afastando, portanto, o direito de renovação da autora; c) carência de ação diante da inobservância dos dispostos nos artigos 51 e 71 da Lei n. 8.245/91; d) há na situação a possibilidade de exceção de retomada, visto que pretendem implantar no local comércio próprio; e) ponderaram pela decretação do despejo da autora. Requereram a condenação da autora nos ônus da sucumbência. Também juntaram documentos.

Houve réplica (fls. 124/133).

A Magistrada de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos seguintes termos.

Assim sendo, diante do acima exposto, reconheço a falta de interesse processual da autora e, com fundamento no inciso VI do artigo 267 do CPC, extingo o processo sem apreciação do mérito.

Via de consequência, com amparo no artigo 74 da Lei n. 8.245/91, concedo à autora o prazo de noventa dias para desocupação voluntária do imóvel, a contar do trânsito em julgado, findo o qual será expedido o respectivo mandado de despejo.

Condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Publique-se. Registre-se e intimem-se.

Retifique-se o registro, visto que o autor varão consta junto ao SAJ como “Neru” Tomazelli.

Transitada em julgado e tomadas as providências para a cobrança das custas, archive-se.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a empresa de telefonia autora interpôs apelação (fls. 142-152), defendendo, em suma, “que o principal objeto para prestação de serviços da empresa, sem o qual seria impossível a distribuição de sinal de telefonia móvel para os habitantes de determinada região, é a Estação Rádio Base instalada no terreno em questão” (fl. 145), razão pela qual devidamente comprovada a existência do fundo de comércio, elemento essencial para renovação do contrato de aluguel firmado com os apelados. Acrescenta que “eventual não renovação do contrato, além de atacar o direito adquirido da autora, causaria evidente prejuízo aos usuários dos referidos serviços” (fl. 148). Ao final, requer a concessão de prazo não inferior a 6 (seis) meses, contados do trânsito em julgado da sentença, para fins de desocupação do imóvel, ao argumento de que “o prazo de 3 (três) meses para: busca por novo terreno com logística semelhante, trâmite para aprovação da instalação da antena pelo órgão competente, desinstalação da antena, remoção de todo o equipamento, devendo ser considerado que não há a disposição do apelante mão de obra qualificada no município em questão para a realização destas tarefas, é inconcebível” (fl. 150). Por fim, pugna o prequestionamento dos dispositivos suscitados ao longo do reclamo.

Contrarrrazões às fls. 158-163.

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 decompressão da precária realidade que assola o Poder Judiciário em decorrência do assombroso número de lides jurisdionalizadas.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Claro/SA contra sentença que, nos autos da “ação renovatória de contrato de locação”, ajuizada por si em desfavor de Nereu Tomazelli e Marilene Bonassi Tomazelli, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do antigo Código de Processo Civil e concedeu à autora/apelante o prazo de 90 (noventa) dias para desocupação voluntária do imóvel, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

1 Mérito

Busca a empresa de telefonia recorrente a reforma da sentença de primeiro grau para fins de julgar

procedentes os pedidos exordiais, diante do preenchimento dos requisitos legais para propositura da ação renovatória, consoante art. 51 da Lei de Locações. Para tanto, argumenta que o imóvel explorado serve para instalação e manutenção de estação de rádio base para o desenvolvimento do serviço de telefonia celular, restando evidente a existência do fundo de comércio.

Defende, ainda, a existência de interesse público na renovação do contrato, pois a não-renovação do ajuste, com a consequente perda de uma ERB (estação de rádio base), prejudicará sobremaneira a transmissão do sinal da Claro aos usuários do município. Sucessivamente, em razão da essencialidade do serviço público, pleiteia pela concessão de prazo não inferior a 6 (seis) meses para desocupação do imóvel.

Razão, contudo, não assiste à insurgente.

Acerca do direito de renovação do contrato de locação de imóveis destinados a comércio, o art. 51 da Lei n. 8.245/81 – que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes –, prevê os seguintes requisitos:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

Em comentários sobre o dispositivo legal, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

O direito a renovação vem imbuído de inelutável intuito de evitar o enriquecimento injustificado do locador, que poderia se locupletar **com o ponto formado pelo locatário** [...]. O locatário deve apresentar a prova da exploração trienal do mesmo ramo de atividade com a inicial da ação. Esse triênio deve remontar à propositura da ação. Entende a lei que esse é o prazo mínimo para a criação do ponto e da clientela” (Lei do Inquilinato Comentada. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 245 e 248, grifou-se).

No mesmo sentido, ensina Luiz Antonio Scavone Júnior:

O *ponto* é um dos elementos do estabelecimento empresarial e nada mais é que a sua localização.

A locação tratada no art. 51 é a locação tradicionalmente denominada de comercial, empresarial ou “protegida”.

Desta maneira, ao iniciar o tratamento legal da ação renovatória, a Lei do Inquilinato, no art. 51, deixou clara a ideia segundo a qual o que se protege, indubitavelmente, é a locação “destinada ao comércio”, ainda que o § 4º do mencionado dispositivo (art. 51) tenha estabelecido a possibilidade de proteção aos contratos firmados com indústrias e sociedades simples (“civis”), posto que exigiu a finalidade lucrativa, ressaltando a necessidade de respeito aos “pressupostos previstos” no dispositivo.

E qual o principal pressuposto para proteção conferida pela lei do inquilinato à locação?

A resposta se dá com simplicidade jurídica: existência de empresa e de ponto, este como elemento do estabelecimento empresarial.

Para a teoria da empresa, desenvolvida no direito italiano, pouco importa o gênero da atividade econômica, mas, sim, o seu desenvolvimento espelhado na organização do capital, do trabalho e da tecnologia com a consequente circulação das riquezas, consubstanciadas naquilo que é capaz de satisfazer as necessidades humanas.

Para a teoria da empresa o que importa é a forma empresarial de conduzir a atividade econômica, traduzida pela organização profissional.

Em consonância com o acatado, o empresário se vale do “estabelecimento empresarial” que, segundo Fábio Ulhoa Coelho, representa “o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ao desenvolvimento da empresa, como mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa.” Posta assim a questão, é o “ponto”, como elemento fundamental do estabelecimento empresarial, o bem jurídico a ser protegido em razão da ação renovatória na exata medida em que, bem localizado, o valoriza.

Se o imóvel pertence ao empresário, a proteção legal ao “ponto” se dá pelas normas vigentes que garantem o direito de propriedade.

Todavia, se o imóvel ocupado pelo estabelecimento empresarial for locado, para que haja proteção ao “ponto” por meio da renovação compulsória da locação, o contrato deverá preencher os requisitos da Lei 8.245/1991. (Direito imobiliário - teoria e prática, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 1515-1516, grifou-se).

A respeito do fundo de comércio, Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada ensinam: “pode-se dizer genericamente que o fundo de comércio é a designação que abrange a soma de bens corpóreos (instalações, máquinas, móveis, etc.) e incorpóreos (marca, nome empresarial, **ponto comercial**, etc.) que compõem um estabelecimento comercial, industrial ou profissional” (Código Tributário Nacional comentado, 2. ed. São Paulo: Rideel, 2016, p. 193).

Portanto, é consabido que para implementação da atividade empresarial se faz necessária a reunião de bens indispensáveis ao objetivo econômico pretendido e, a todos esses bens reunidos, materiais ou imateriais, dá-se o nome de estabelecimento empresarial, também conhecido como fundo de comércio. Assim, por mais rudimentar que seja a atividade empresarial, não se concebe a existência de um empresário sem o respectivo estabelecimento.

Por sua vez, como se pode observar da análise doutrinária acerca do art. 51 da Lei do Inquilinato, o referido dispositivo visa proteger em especial um dos elementos do fundo de comércio, qual seja, o **ponto comercial**, ou, mais precisamente, o valor agregado conferido ao fundo de comércio (fundo de empresa). Sob esta perspectiva, torna-se irrelevante, no caso concreto, perquirir se as antenas de transmissão de sinal instaladas no terreno da locadora/apelada constituem fundo de comércio da operadora de telefonia, sendo indispensável, por outro lado, saber se a instalação da ERB no imóvel locado constitui, de fato, “ponto comercial”.

In casu, incontroverso nos autos (art. 334, II e III, CPC/73) que o terreno objeto da locação *sub examine* abriga tão somente a torre de transmissão de dados da parte autora, sendo inviável creditar a existência de incremento ou mesmo agregação do valor do fundo de comércio da inquilina apenas com a fixação desta antena no terreno locado, até mesmo porque, diante da própria incompatibilidade ao fim a que se destina a locação, nem sequer existe clientela habitual passível de proteção, fator este essencial para confirmação do estabelecimento comercial.

Ainda, como bem delineou a Togada singular, “não foi implantada uma filial revendedora da empresa autora ou qualquer estabelecimento do tipo, o que ocasiona a ausência de qualquer valorização da atividade exercida em decorrência da localização do terreno em questão [...] o fim destinado ao imóvel (instalação de antena), por si só, não é suficiente para configuração do fundo de comércio” (fls. 136-137).

Ora, a antena instalada no imóvel dos locadores/apelados compõe diminuta parcela de toda estrutura da empresa apelante, notadamente de grande porte, motivo pelo qual a não-renovação do contrato de locação não implica, de *per si*, qualquer risco ao seu real fundo de comércio. É que instalar o referido equipamento em outra área, a despeito do dispêndio de tempo e recursos financeiros, em nada modificaria os bens não corpóreos agregados ao ente comercial, sendo, portanto, prescindível que no terreno em litígio permaneçam instaladas, sobretudo nos casos em que o locador exterioriza seu interesse em utilizar diretamente o espaço.

A propósito, esta Corte já decidiu em caso semelhante que “conquanto a permanência da antena da inquilina no terreno seja de vital importância para o exercício das suas atividades empresariais, a situação jurídica não se amolda à hipótese legal protegida pelo legislador, justo que o incremento ou agregação de valor ao fundo de comércio da inquilina decorra da existência das estações de rádio-base, isto é, da capacidade da autora de dispor desta tecnologia, e não, necessariamente, da fixação da antena sobre o imóvel locado. É dizer, a retirada da antena do imóvel litigioso e a sua instalação em outro, compreendido na mesma área geográfica, não prejudica o seu funcionamento, nem, tampouco, reverbera na valoração do fundo de comércio da operadora” (Apelação Cível n. 0321980-79.2014.8.24.0038, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 11-5-2017).

Nessa senda, colhe-se de precedentes deste Areópago:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO. OPERADORA DE TELEFONIA. IMÓVEL LOCADO QUE SERVE À FIXAÇÃO DE ANTENA DE TRANSMISSÃO DE SINAL (ESTAÇÃO RÁDIO-BASE). SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR (ART. 267, VI, CPC/73). CONCLUSÃO IRRETOCÁVEL. AUSÊNCIA DE PONTO COMERCIAL INSTITUÍDO SOBRE O IMÓVEL, CAPAZ DE ATRAIR A PROTEÇÃO LEGAL ESTATUÍDA NO ART. 51 DA LEI. N. 8.245/91. DILAÇÃO DO PRAZO DE DESOCUPAÇÃO INVIÁVEL NO CASO CONCRETO. EXEGESE DO ART. 74 DA LEI DO INQUILINATO.

[...]

2. É de trinta dias o lapso para desocupação do imóvel, nas hipóteses em que não alcançada a renovação da locação e se assim requerido pelo locador, conforme art. 74 da Lei do Inquilinato. Caso concreto que, apesar de congrega a possibilidade abstrata de transigência da norma referida, notadamente pelo alcance da decisão, não é razoável a dilatação do prazo, pois conhecido de longa data, pela inquilina, o desinteresse do locador na renovação.

APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n.

0321980-79.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 11-5-2017, grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL - OBRIGAÇÕES - LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - ALUGUEL DE TERRENO PARA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL (ANTENA)

- RENOVATÓRIA MOVIDA PELA INQUILINA PRESTADORA DO SERVIÇO - SENTENÇA QUE ACOLHEU A EXCEÇÃO DE RETOMADA PARA USO PRÓPRIO OPOSTA PELA LOCADORA - IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO RENOVATÓRIO EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DA INQUILINA REQUERENTE - 1. INTERESSE PROCESSUAL APRECIADO EX OFFICIO - **PERMANÊNCIA DE ANTENA TRANSMISSORA NO IMÓVEL - ATIVIDADE EMPRESARIAL NO LOCAL QUE É INÁBIL À CRIAÇÃO DE PONTO COMERCIAL E AO NECESSÁRIO INCREMENTO DE FUNDO DE COMÉRCIO A SER TUTELADO - ART. 51, III, DA LI - INTERESSE PROCESSUAL NA RENOVATÓRIA AUSENTE - CARÊNCIA DE AÇÃO CARACTERIZADA** - EXTINÇÃO TERMINATIVA DO FEITO RENOVATÓRIO - 2. PLEITO DE DILAÇÃO DO PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA (6 MESES) - TRANSCURSO DE 5 MESES DESDE A SENTENÇA - PRAZO LEGAL DE 30 DIAS PREVISTO NO ART. 74 DA LI - INACOLHIMENTO - EXTINÇÃO, EX OFFICIO, DA RENOVATÓRIA E APELO IMPROVIDO.

1. Inocorrendo exercício de atividade empresarial pela inquilina que gere ponto comercial no imóvel locado - com o conseqüente incremento do seu fundo de comércio (art. 51, III, da LI) -, inexistente interesse processual a ser tutelado por ação renovatória, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito.

2. Inexistindo renovação da locação, é de 30 dias o prazo de desocupação voluntária se foi formulado pedido de despejo em contestação pelo locador (art. 74 da LI). (Apelação Cível n. 2015.013219-0, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 9-4-2015, grifou-se).

Sobre a inadequação da proteção comercial ao caso concreto, extrai-se do inteiro teor do último acórdão supracitado:

[...]

Com efeito, não há como vislumbrar que tenha havido incremento ou agregação de valor do fundo de comércio da inquilina em razão da fixação de estação de rádio base (antena transmissora de sinal de celular) no terreno locado, não se podendo falar que tenha havido constituição de verdadeiro “ponto comercial” que seja passível de proteção.

Ainda que a permanência da antena da inquilina no terreno possa ser de vital importância para o exercício de suas atividades empresariais e que tenha relevância para o seu fundo de comércio, tem-se que a situação jurídica não se amolda à hipótese legal protegida pelo legislador, que assegurou a restrita proteção ao ponto comercial criado pelo inquilino e ao conseqüente incremento de valor que ele confere ao fundo de comércio.

Inexistindo incremento direto e significativo do ponto comercial no imóvel locado tal como no caso dos autos onde falta o elemento essencial da formação de clientela na mera fixação de antena em terreno sem edificação, incorre interesse jurídico na propositura de ação renovatória, que se presta a resguardar tão somente o ponto comercial criado pelo inquilino, sendo inviável ampliar a proteção legal prevista na Lei do Inquilinato, sob pena de afronta ao direito de propriedade do locador. Se o legislador desejasse atribuir ampla proteção às atividades e ao fundo de comércio da empresa/inquilina não teria estabelecido como requisito da ação renovatória a exploração trienal da mesma atividade empresarial (art. 51, III, LI) (grifou-se).

Dessa forma, considerando a ausência de incremento direto e significativo do ponto comercial no terreno locado pela autora, esta carece de interesse jurídico na propositura da ação renovatória, a qual, como visto alhures, visa resguardar o ponto comercial criado pelo inquilino, sendo inviável a ampliação da proteção legal prevista na Lei do Inquilinato, sob pena de ofensa ao direito de propriedade do locador.

Logo, afigura-se escorreita a sentença de primeiro grau que julgou extinto o processo por ausência de interesse processual (art. 267, VI, do antigo Código de Processo Civil).

Por fim, com relação ao pedido de dilatação do prazo concedido pelo juízo *a quo* para desocupação voluntária do imóvel (90 dias), ao argumento de que se trata de serviço público essencial prestado à população local, maiores digressões são desnecessárias para afastar o pleito, porquanto a atual redação do art. 74 da Lei do Inquilinato, modificada pela Lei n. 12.112/2009, prevê que “não sendo renovada a locação, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterà o prazo de **30 (trinta) dias** para a desocupação voluntária, se houver pedido na contestação”.

Segundo o doutrinador Silvio de Salvo Venosa, *“a modificação introduzida pela Lei n. 12.112/2009, reduzindo o prazo de desocupação para trinta dias, é importante e de há muito vinha sendo reclamada pelos locadores desses imóveis não residenciais. Geralmente, as ações renovatórias já são por si só demoradas, não se justificando mais o prazo de seis meses de permanência do locatário no imóvel. Nessa altura da desocupação, o inquilino teve tempo de sobra para tratar de sua mudança”* (Op. Cit., p. 395).

No entanto, considerando que a Juíza *a quo* fixou o prazo de 90 (noventa) dias para desocupação voluntária do terreno, em virtude das peculiaridades do caso concreto, tais como a necessidade de “remoção da antena de telefonia móvel e equipamentos necessários ao seu funcionamento e também o fato da imprescindibilidade da qualidade do serviço de telefonia móvel que a autora deve preservar junto ao seus usuários” (fl. 138), à míngua de recurso da parte autora/recorrida, inviável a readequação (para menor) do lapso adotado, sob pena de *reformatio in pejus*.

Como se não bastasse, a sentença de primeiro grau foi publicada na data de 8 de junho de 2015, já tendo transcorrido mais de 3 (três) anos até o presente julgado, interregno temporal mais que suficiente para que a demandante, já ciente da existência de decisão judicial terminativa em seu desfavor, buscasse alternativas para viabilizar o pronto cumprimento da determinação, o que reforça a rejeição do pedido e a manutenção do prazo fixado pela Togada singular (90 dias).

2 Prequestionamento

Por fim, pleiteia o recorrente a manifestação expressa sobre os artigos de lei aludidos no corpo do recurso para fins de prequestionamento.

Todavia, é sabido que o Órgão Julgador não está obrigado a manifestar-se acerca de todos os dispositivos legais invocados pelas partes quando não se mostrarem relevantes para o deslinde da controvérsia, tendo em vista ser suficiente a aplicação do direito ao caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, de forma motivada, a fim de atender ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A respeito do tema, leciona a doutrina sobre o disposto no novo Código de Processo Civil:

[...] é preciso perceber que o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados. O próprio legislador erige um critério para distinguir entre argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele que é capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é o argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o juiz na análise de argumentos relevantes, não se

considera fundamentada a decisão (art. 489, § 1.º, IV, CPC), cabendo embargos declaratórios para forçar a análise dos argumentos omitidos (art. 1.022, II, CPC). Não analisados, consideram-se fictamente inseridos na decisão judicial para efeito de análise de eventual recurso especial ou extraordinário interposto pela parte interessada (art. 1.025, CPC) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 493).

Nesse palmilhar, se a fundamentação do julgamento deve abrigar os argumentos relevantes ao deslinde da controvérsia, mostra-se desnecessária a abordagem das questões periféricas e incapazes de infirmar a solução alcançada pelo Órgão Julgador.

3 Encargos Sucumbenciais

Finalmente, diante da ausência de alteração do julgado neste grau de jurisdição, mantém-se a distribuição dos encargos sucumbenciais e dos valores declinados na decisão de primeiro grau, até mesmo porque, com relação ao *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios, não houve insurgência das partes.

Por último, deixa-se de arbitrar honorários sucumbenciais nesta fase recursal, pois o presente recurso foi interposto contra decisão publicada anteriormente ao dia 18-3-2016, consoante orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo n. 7.

4 Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE ENFRENTAMENTO DE ACERVOS

Apelação Cível n. 0300699-58.2015.8.24.0256, de Modelo

Relatora: Des. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSTRUÇÃO DE AVIÁRIO MEDIANTE CONTRATO DE EMPREITADA POR OBRA GLOBAL. FALHA NA OBRA RESULTANDO EM VAZAMENTO E INFILTRAÇÃO NO TELHADO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA FORNECEDORA DAS TELHAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM PARA CONDENAR APENAS A CONSTRUTORA RÉ. RECURSO DESTA ÚLTIMA.

DECADÊNCIA. PREFACIAL QUE FOI ANALISADA EM SANEADOR, NÃO TENDO HAVIDO O MANEJO DO RECURSO COMPETENTE. AUSÊNCIA DE REANÁLISE EM SEDE DE SENTENÇA. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DO PONTO.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AFASTAMENTO. BENESSE INDEFERIDA NO PRIMEIRO GRAU. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NESTE GRAU RECURSAL DESACOMPANHADO DE PROVA DA MUDANÇA DA CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA. RECOLHIMENTO, OUTROSSIM DO PREPARO, CONSTITUINDO ATO INCOMPATÍVEL COM O PLEITO.

INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OU SOLIDARIEDADE COM A FABRICANTE DAS TELHAS. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO UNÍSSONO NO SENTIDO DE APONTAR A MÁ EXECUÇÃO DA OBRA, COMO DETERMINANTE PARA O SURGIMENTO DOS VÍCIOS INDICADOS NA INICIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO QUE NEM SERIA DEVIDA EM SEDE DE PROCESSO SOB OS AUSPÍCIOS DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/15. MAJORAÇÃO INVIABILIZADA. SENTENÇA QUE JÁ ARBITROU A VERBA NO LIMITE LEGAL.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300699-58.2015.8.24.0256, da Comarca de Modelo, Vara Única, em que é Apelante Metal Vidros Metalurgica e Materiais de Construção Ltda ME e Apelados Irineu Seben e Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda.

A Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do recurso de apelação e, nesta, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto e dele participou o Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Bettina Maria Maresch de Moura

Relatora

RELATÓRIO

Irineu Seben ajuizou “*Ação de Indenização*” contra Metal Vidros Metalúrgica e Materiais de Construção Ltda ME, argumentando que firmou com a Ré contrato particular de empreitada por obra global, para construção de um aviário, por meio do qual a empresa se obrigava a executar toda a obra e a fornecer materiais, salvo madeira, postes e mão-de-obra para instalar o cercado externo. Com a entrega e a utilização da edificação, “*foram identificados problemas de vazamento e infiltração na construção do telhado*” (fl. 4), por culpa da Ré, os quais causaram danos nos “*fornos de aquecimento, nas lonas de proteção das aves e na cama do aviário, composta de maravalha de madeira*” (fl. 5). Notificou extrajudicialmente a Ré em 16.10.2015 para troca do telhado ou ressarcimento do valor empregado no conserto, tendo esta apresentado contranotificação. Asseverou que a Ré não cumpriu o contrato correta e integralmente. Requereu a condenação da Ré à reparação dos vícios e, subsidiariamente, ao ressarcimento do valor respectivo, além de indenização pelos danos emergentes, lucros cessantes e multa contratual. Postulou a gratuidade da justiça.

Deferido o benefício à fl. 59.

Citada (fl. 63), a Ré apresentou contestação (fls. 65/79). Inicialmente, suscitou a decadência e requereu o chamamento ao processo da fabricante das telhas, Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. No mérito, reconheceu a existência de contrato de empreitada global, firmado com o Autor, em que forneceria “*todos os materiais e mão de obra necessários à correta execução da obrigação pactuada*” (fl. 65). Sustentou que o Autor está inadimplente em valor superior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e que descabida a sua condenação ao pagamento da multa contratual. Impugnou os orçamentos apresentados e o pedido de danos emergentes. Requereu a extinção da *actio* e, não sendo o caso, a improcedência dos pleitos iniciais.

Houve réplica (fls. 85/91), com a impugnação ao pedido de intervenção de terceiro.

À fl. 92 foi deferido o chamamento ao processo, ordenada a citação da Ré Saint-Gobain do Brasil e designada audiência de conciliação.

A fabricante foi citada à fl. 96.

Na solenidade, a tentativa de conciliação restou inexitosa (fl. 132).

Em contestação (fls. 135/148), a Ré Saint-Gobain afirmou a responsabilidade exclusiva da Ré Metal Vidros, justificando que enviou os seus técnicos ao imóvel para avaliação da situação, os quais não constataram defeito de fabricação nas telhas, mas sim na instalação e técnica empregada pela corrê Metal Vidros. Impugnou, por fim, a aplicação do CDC e a inversão do ônus da prova. Requereu a improcedência dos pedidos e que, em sendo o caso, sua eventual condenação fosse limitada ao valor das telhas.

A fabricante Ré, de igual modo, interpôs agravo de instrumento contra a decisão que admitiu o seu chamamento (n. 4004597-42.2016.8.24.0000 - fls. 176/191), o qual foi julgado prejudicado.

O Autor se manifestou quanto à contestação às fls. 195/200.

Em decisão às fls. 201/202, foi refutada a tese de decadência, reconhecida a incidência do CDC e a inversão do ônus da prova, bem como deferidas as provas oral e pericial.

Indicação de testemunhas pelo Autor à fl. 215 e apresentação de quesitos por todas as partes às fls. 219/222 229/230, 232.

Após discussão sobre o valor da perícia e a respeito do benefício da gratuidade da justiça à Ré Metal Vidros, a perícia foi realizada, tendo o laudo sido acostado às fls. 340/377. Manifestação das partes às fls. 384/386, 387/388 e 399/402, tendo o Autor abdicado da oitiva de testemunhas.

Sobreveio sentença (fls. 405/414) nos seguintes termos:

“[...] Ante do exposto, JULGO PROCEDENTES EM PARTE os pedidos iniciais para: a) RECONHECER vícios no aviário medindo 108,00 X 14,00 metros, edificado na propriedade do requerente, localizada na Linha Uru, Município de Sul Brasil/SC, e CONDENAR a requerida METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME na obrigação de fazer de reconstruir a cobertura do aviário, reparando os vícios da obra, substituindo o material inservível e garantindo que ela não apresente os vazamentos apresentados. Caberá à parte requerente o fornecimento do madeiramento complementar necessário aos reparos, conforme estabelecido contratualmente; a.1) ALTERNATIVAMENTE, em caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer, deverá a requerida METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME pagar ao requerente o valor de R\$ 78.600,00 (setenta e oito mil e seiscentos reais), referente ao custo necessário para os reparos, conforme apurado em perícia técnica, valor que deve sofrer correção desde a data do laudo (23/11/2017) e acrescidos de juros de mora desde a citação; b) CONDENAR a requerida METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME a PAGAR ao requerente os valores que este deixará de lucrar no período necessário reconstrução/ reparação da cobertura do aviário, a ser apurado em liquidação, e acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês desde o término da obra. Diante da sucumbência recíproca, condeno a parte requerente ao pagamento de 30% das custas e honorários à parte requerida, de modo que desse valor, 20% caberão ao causídico da ré SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA, e 10 % ao causídico da ré METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME (observada a suspensão da executividade em razão do benefício da Justiça Gratuita); cabendo apenas à requerida METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME o pagamento de 70% das custas e honorários à parte requerente, uma vez que decaiu da maior parte dos pedidos e a corré Saint-Gobain não foi responsabilizada, vedada a compensação de valores (art. 85, § 14º, do CPC). Os honorários sucumbenciais fixo de 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, haja visto o pedido principal ser de natureza cominatória (art. 85, § 4º, III do CPC). Em relação aos honorários periciais, tendo em conta que o motivo da produção da prova foi a alegação de que haviam vícios de fabricação da telhas produzidas por Saint-Gobain, ponto em que a ré Metal Vidros sucumbiu integralmente, caberá à requerida METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME o ressarcimento integral dos honorários pagos nos autos. Sentença publicada eletronicamente. Registre-se. Intimem-se. Após o trânsito em julgado, arquivem-se”.

Opostos embargos de declaração pelas duas Rés, os da Metal Vidros foram rejeitados (fls. 421/422) e os da Saint-Gobain acolhidos em parte, para, reconhecendo a omissão, determinar:

“[...] a) que os honorários periciais a serem reembolsados à Ré SAINT GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA pela Ré METAL VIDROS METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA - ME, sejam corrigidos monetariamente pelos índices da CGJSC, desde a data de seu desembolso, até a data de seu efetivo pagamento. b) que a Ré METAL VIDROS

METALÚRGICA E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA - ME pague à Ré SAINT GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA as despesas processuais por esta suportadas, em especial, com a contratação de Assistente Técnico para acompanhamento da prova pericial realizada nos autos, incidindo correção monetária pelos índices da CGJSC, desde a data de seu desembolso, até a data de seu efetivo pagamento. Sentença registrada e publicada eletronicamente. Intimem-se. Na forma do artigo 1.026, caput, do Código de Processo Civil, com a intimação da presente decisão, fica reaberto o prazo para a interposição de outros recursos. Após devidamente intimadas as partes, arquivem-se, dando-se baixa”.

Irresignada, a Ré Metal Vidros Metalúrgica e Materiais de Construção Ltda ME interpôs apelação (fls. 430/440). Em suma, alega as teses de decadência, de ausência de responsabilidade ou de solidariedade com a fabricante das telhas, porque defeituoso o produto. Pleiteou a gratuidade da justiça, de forma retroativa. Requereu a reforma do *decisum*.

Com contrarrazões (fls. 450/457 e fls. 458/471), os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade do recurso

Inicialmente, consigno que a decisão recorrida foi publicada quando já em vigor o Novo Código de Processo Civil.

O recurso pode ser conhecido apenas em parte.

Explico.

A questão atinente à decadência, agitada em sede de contestação e reverberada nas razões do apelo, já foi apreciada e rechaçada em decisão interlocutória (fl. 201), a respeito da qual não houve insurgência a tempo e modo. Neste ponto, portanto, já se operou a preclusão.

Cita-se da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. OI S/A. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO E RECONHECEU COMO DEVIDO O QUANTUM APURADO PELA CONTADORIA DO JUÍZO. RECURSO DA IMPUGNANTE/EXECUTADA. [...] PRETENSÃO DE QUE SEJA UTILIZADO COMO VALOR DO CONTRATO O ESTABELECIDO PELAS PORTARIAS MINISTERIAIS VIGENTES À ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DO PACTO. **QUESTÃO QUE JÁ FOI ANALISADA EM DECISÃO PRETÉRITA NÃO ATACADA A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO EVIDENCIADA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DAS QUESTÕES JÁ DECIDIDAS NO CURSO DO PROCESSO.** EXEGESE DO ART. 507 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC. Agravo de Instrumento n. 4026367-23.2018.8.24.0000. Primeira Câmara de Direito Comercial. Rel.: Des. Rogério Mariano do Nascimento. Data do julgamento: 07.02.2019) (g.n)

No mais, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

2. Do mérito

Trata-se de apelação cível interposta por Metal Vidros Metalúrgica e Materiais de Construção Ltda ME, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos aduzidos por Irineu Seben em “*Ação de Indenização*”.

2.1 Da gratuidade da justiça

Requer a Apelante/Ré a concessão “*dos benefícios da gratuidade judicial, inclusive de forma retroativa, eximindo a Apelante do pagamento dos vultuosos honorários periciais, visto a clara e inequívoca incapacidade financeira desta*” (fl. 434).

O pleito não comporta provimento.

Em que pese o pedido de concessão da gratuidade da justiça possa ser feito a qualquer tempo e grau de jurisdição, deve se ter em mente que caso tal requerimento já tenha sido indeferido anteriormente, a apresentação de novo pedido e seu exame pressupõem a existência de alteração no plano fático.

Em outras palavras, a possibilidade de apreciação, no mesmo feito, de novo pedido de gratuidade, depende, necessária e obrigatoriamente, da mudança das condições anteriores, não significando, de forma alguma, possibilidade de revisão de situação já vencida, coberta pelo manto da preclusão. Isto porque, em tal hipótese, o objeto do exame não é o (des)acerto da decisão anterior, mas sim eventuais novas circunstâncias da parte, alteradas pelo decurso do tempo.

In casu, porém, verifica-se que a Apelante/Ré sequer suscitou a alteração de sua situação financeira, apenas repisando os argumentos trazidos na petição de fls. 275/277 e acostando os mesmos documentos já analisados quando do indeferimento pelo Juízo de primeiro grau (fl. 292), que, aliás, não foi alvo de irresignação.

Do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. O STJ possui entendimento no sentido de que, para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, basta que o postulante afirme não possuir condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo ao sustento próprio e de sua família, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões para tanto, conforme reza o art. 5º da Lei 1.060/1950. 2. Registre-se que o pedido pode ser formulado a qualquer tempo e fase processual, não ocorrendo a preclusão se não requerido o benefício na inicial. Contudo, negado uma vez o pleito por não preenchimento dos requisitos legais necessários, somente a alteração da situação fática autoriza sua reanálise. 3. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que não houve “comprovação, por parte dos agravantes, de alteração em sua situação econômica, fato que, em tese, poderia ensejar o deferimento pretendido” (fl. 122, e-STJ). 4. A pretensão recursal de avaliar a situação financeira dos agravantes demanda a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é defeso na instância especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 666.731/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 06.10.2015) (g.n.)

Esta Corte de Justiça também já se manifestou a respeito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - SENTENÇA DETERMINANDO O CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO, COM FULCRO NO ART. 257 DO CPC/1973 - RECLAMO DA PARTE AUTORA. JUSTIÇA GRATUITA POSTULADA EM SEDE DE APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - JUÍZO A QUO QUE, EM ANTERIOR OPORTUNIDADE, INDEFERIU A BENESSE, CUJA DECISÃO NÃO FOI ALVO DE IRRESIGNAÇÃO RECURSAL - AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO ESTADO DE CARÊNCIA FINANCEIRA OU MUDANÇA DA SITUAÇÃO ECONÔMICA - PRECLUSÃO EVIDENCIADA - EXEGESE DO ARTIGO 473 DO CPC/1973, VIGENTE À ÉPOCA, CORRESPONDENTE AO ART. 507 DO CPC/2015 - PAGAMENTO DO PREPARO NÃO REALIZADO - DESERÇÃO RECONHECIDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 511 DO CPC/1973 - OBSERVÂNCIA AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2, DO C. STJ, ATINENTE À APLICAÇÃO DO NOVO CPC - PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSC - Apelação n. 0300279-31.2015.8.24.0037. Primeira Câmara de Direito Comercial. Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein. Data do julgamento: 29.09.2016) (g.n.)

Ademais, a Apelante/Ré recolheu o preparo recursal, ato incompatível com o pleito da gratuidade, o que, somado ao fato de inexistir provas da modificação do quadro econômico, inviabiliza a concessão do benefício neste grau de jurisdição.

2.2 Da responsabilidade

Assevera que não possui responsabilidade pelos problemas no imóvel e que, de forma subsidiária, os danos deveriam ser suportados de forma solidária, juntamente com a empresa fabricante das telhas. Argui que “[...] *Na perícia realizada foi constatada a falha de permeabilidade das telhas, não se sustentando a frágil alegação de que o telhado se movia ‘como as velas de um veleiro’ até porque, a estrutura em si do imóvel, não se move, e conforme as fotos fazem prova, as telhas estão devidamente fixadas. Necessário se faz, portanto, em caso de mantimento da condenação de primeiro grau, a condenação de forma solidária da Segunda Apelada, a arcar com os eventuais prejuízos, visto ser a fabricante do produto defeituoso*”.

Sem razão, contudo.

No laudo pericial acostado às fls. 340/377, o qual se debruçou sobre o aviário edificado, se concluiu de forma bastante objetiva que os danos decorreram diretamente da má execução da obra, pela técnica inadequada empregada pela Recorrente, havendo desalinhamento na sua estrutura, além de falhas na sustentação e no apoio do telhado.

O perito, aliás, chegou a pontuar, inclusive, que “*em diversos pontos o apoio da estrutura do telhado na estrutura de concreto é precária e beira a ‘insanidade’ tê-las assim executado (figuras 13 a 16), pois há graves riscos à estabilidade global da edificação e aos usuários*” (fl. 350).

Por outro lado, diferentemente do aventado pela Apelante/Ré, nada há que efetivamente lhe favoreça, seja para excluir, compartilhar ou mesmo atenuar sua responsabilidade.

Em primeiro lugar, no que toca à qualidade/apresentação das madeiras, ainda que a aquisição destas coubesse ao Apelado/Autor, tal circunstância não se constitui, por si só, em excludente da culpa da construtora, uma vez que esta, como efetiva detentora do conhecimento técnico adequado (assim esperado), deveria ter rejeitado o produto e exigido outra, apta à finalidade proposta. Sua omissão não lhe beneficia, mas, ao contrário, lhe submete às consequências pelo estado precário da obra.

Mais a mais, não houve simples problema com as madeiras, mas também restou detectado pelo *expert* erro na própria montagem das estruturas com aquelas..

Em segundo lugar, pertinente às telhas, não se identificou vício na fabricação destas ou liame com os prejuízos constatados, eis que os problemas, de acordo com o assentado no trabalho pericial, são estruturais e de execução.

Nas palavras do Sr. Perito (fl. 368) *“não foi seguido nenhuma das diretrizes do catálogo. O telhado foi executado com extrema imperícia”* [...] *“o telhado possui diversas frestas entre as telhas (figuras 17 e 18), seja pelo desnivelamento do telhado, ou seja, pelo não recorte dos cantos das telhas onde necessário. Não foi seguida nenhuma orientação técnica para montagem do telhado”* (fl. 350).

Ressalte-se, por oportuno, que a reprovação das telhas no teste de permeabilidade (fl. 352), deu-se em razão de falhas na execução do telhado, principalmente pelo mau apoio na estrutura, de modo que sobre tais incidiam *“esforços para os quais ela não é dimensionada”*, importando em fadiga no material e conseqüentemente fissuras.

Destarte, constatado que os vícios da obra foram originados, unicamente, da forma inadequada em que o trabalho foi desenvolvido, de rigor a manutenção da sentença, que responsabilizou a Recorrente de forma isolada.

Aliás, como a questão se submete às regras da legislação consumerista, sequer era o caso de se deferir a intervenção de terceiro..

Por fim, não obstante o trabalho adicional realizado pelos procuradores dos Recorridos nesta instância recursal, incabível a majoração da verba honorária de sucumbência, porque fixada no limite legal (20%) ainda na origem.

3. Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer em parte do recurso e, nesta, negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0004942-16.2009.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Desembargador Álvaro Luiz Pereira De Andrade

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS VINCULADOS À CONTA- CORRENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

APELO DA CASA BANCÁRIA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. TAXA CONTRATADA QUE SUPLANTA A MÉDIA DE MERCADO EM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO). LIMITAÇÃO QUE SE IMPÕE, CONTUDO EM PATAMAR DIVERSO DO FIXADO NA SENTENÇA. DEMAIS CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE E DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. TAXAS CONTRATADAS QUE NÃO ONERAM EXCESSIVAMENTE O DEVEDOR, E QUE DEVEM SER MANTIDAS TAL QUAL PACTUADAS. SENTENÇA REFORMADA NO TÓPICO.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PEDIDO QUE SE RESTRINGE AO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. PACTO CELEBRADO APÓS A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2170-36/01. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. PREVISÃO EXPRESSA. SÚMULA N. 539 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO REFORMADO NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. SENTENÇA QUE AFASTOU SUA INCIDÊNCIA. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE SUA COBRANÇA. REFORMA, NA QUESTÃO, QUE SE FAZ NECESSÁRIA.

APELO DO AUTOR. ENCARGOS MORATÓRIOS. PLEITO DE EXCLUSÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA CONTRATUAL. COBRANÇA PLENAMENTE POSSÍVEL QUANDO A PARTE CONTRATANTE ENTRA EM MORA, CARACTERIZADA NA HIPÓTESE EM QUE OS VALORES INCONTROVERSOS NÃO FORAM PAGOS OU DEPOSITADOS AO LONGO DO FEITO.

“[...] MORA. AFASTAMENTO DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. ORIENTAÇÃO 02 DO STJ. MITIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO VALOR FINANCIADO. TEORIA DA MORA SUBSTANCIAL. MORA CARACTERIZADA. Restou assentado nesta Quinta Câmara de Direito Comercial que **não basta, por si só, a exigência de encargos abusivos no período da normalidade para descaracterizar a mora, sendo necessária, também, a demonstração do cumprimento de parte significativa do pactuado - pagamento da quantia auferida junto a casa bancária - a fim de evitar a utilização da demanda revisional como escudo para o inadimplemento contratual.** ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ORIENTAÇÃO N. 04 DO STJ. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS: A) EXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO DO DÉBITO; B) DEMONSTRAÇÃO DA ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS; C) **DEPÓSITO INCIDENTAL OU CAUÇÃO ACERCA DO VALOR INCONTROVERSO.** APELO IMPROVIDO. [...]”. (TJSC, Apelação Cível n. 0300540-88.2015.8.24.0071, de Tangará, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 26-01-2017). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO NO TÓPICO.

ÔNUS SUCUMBENCIAL. ALMEJADA A RECOGNIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA PARCIAL REFORMA DA SENTENÇA. MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA SENTENÇA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

MANTIDA, COM DISTRIBUIÇÃO DIVERSA (CPC/1973, ART. 21, *CAPUT*). COMPENSAÇÃO POSSÍVEL, À ÉPOCA.

APELO DA CASA BANCÁRIA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004942-16.2009.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste 2ª Vara Cível em que são Apte/Apdo Juarez Domingos Lavall e Apdo/Apte Banco Bradesco S/A.

A 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso interposto pela Requerida e dar-lhe parcial provimento; e, conhecer da apelação interposta pelo Autor e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, e dele participaram as Exmas. Sras. Desas. Haidée Denise Grin e Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Álvaro Luiz Pereira de Andrade

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de dois recursos de apelação cível da sentença (fls. 349-354) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na “Ação Ordinária, contendo pedidos declaratórios, constitutivos negativos e positivos condenatórios” (fl. 2) proposta por Juarez Domingos Lavall em desfavor de Banco Bradesco S/A.

Na exordial (fls. 2-13), sustentou que mantinha junto com a ré conta corrente n. 9660-1, desde meados de 1983, e que, em 2001, a referida conta passou a ter um novo número, n. 14380-4, que permanece até hoje.

Requeru, em síntese, a revisão da referida conta corrente, desde 1989, para: a) aplicar o Código de Defesa do Consumidor; b) declarar a inexistência de novação, relativamente aos contratos sucessivos; c) limitar os juros remuneratórios ao percentual de 12% ao ano; d) adotar o INPC como índice de correção monetária; e) afastar a capitalização de juros; f) não permitir a incidência de comissão de permanência; g) arredar a incidência de encargos moratórios (juros de mora, comissão de permanência e multa contratual); e, h) repetir os valores pagos a maior. Postulou, por fim, a concessão da justiça gratuita e a exibição de documentos.

O requerido apresentou contestação (fls. 178-206), requerendo, em suma, a improcedência dos pedidos exordiais, diante da legalidade das cláusulas contratuais pactuadas.

Julgou-se antecipadamente o feito (fls. 349-354v).

Do dispositivo da sentença extrai-se:

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, os pedidos por Juarez Domingos Lavall em face de Banco Bradesco S/A, aplicando o Código de Defesa do Consumidor na revisão dos contratos, para: a) DETERMINAR que sejam aplicados juros remuneratórios na forma pactuada, até dezembro de 1998, sendo que a partir de 01.01.1999, estes devem ficar limitados à taxa média de mercado, na forma prevista na tabela divulgada pelo BACEN; b) DETERMINAR que seja aplicado como índice de correção monetária o INPC; c) AFASTAR a incidência da comissão de permanência; d) DETERMINAR que não seja aplicada a capitalização de juros; e) DETERMINAR a repetição de indébito, na forma simples, dos valores eventualmente cobrados a maior. Via de consequência, JULGO EXTINTO o feito, com resolução de mérito, o que faço com fundamento no inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil. Devido à sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais na proporção de 30% pelo autor e 70% pelo réu. Fixo honorários advocatícios no montante de R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, sendo que, diante da sucumbência recíproca, a teor do que dispõe o art. 21 do CPC, 70% desse valor é devido ao patrono do autor e 30% ao patrono da ré. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Inconformada, a parte autora apresentou recurso de apelação (fls. 357-364). Sustenta, em síntese, que não incorreu em mora contratual “*se não por culpa das cláusulas contratuais abusivas*”, restando, portanto, ausentes os requisitos caracterizados da mora. Requer, por tal razão, o afastamento dos encargos moratórios e, mesmo que mantida a sentença, o reconhecimento da sucumbência mínima e a majoração dos honorários advocatícios.

A requerida também apresentou recurso de apelação (fls. 368-379). Defende, em sua razões, a necessidade de manutenção do contrato, principalmente no tocante aos juros remuneratórios, capitalização de juros e encargos no período da inadimplência, com a ressalva de que não há cobrança de comissão de permanência nos contratos. Requer, ao final, a improcedência dos pedidos exordiais.

Contrarrazões às fls. 390-398 e 399-401.

É o suficiente relatório.

VOTO

A publicação da decisão recorrida precede a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, ocorrida em 18-3-2016 (artigo 1.045).

Por tal razão, os requisitos de admissibilidade recursal hão de seguir a regulamentação preconizada pelo Código de Processo Civil de 1973, consoante o estabelecido no Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigido:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise dos objetos recursais.

Apelo da Casa Bancária

Juros remuneratórios

O banco réu sustenta que inexistente qualquer abusividade nas taxas de juros contratadas, razão pela qual devem ser integralmente mantidas.

Em sentença, o magistrado limitou os juros remuneratórios, dos pactos posteriores à 01/01/1991, à taxa média de mercado, na forma prevista na tabela divulgada pelo BACEN.

A respeito da limitação dos juros remuneratórios, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.061.530/RS, firmou entendimento de que a taxa média de mercado é considerada como um valor referencial de aferição de abusividade, não sendo, portanto, limitadora, de modo que, cabe ao magistrado, na análise do caso, avaliar se os juros pactuados são ou não abusivos.

Veja-se:

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS 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 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009).

No mesmo sentido:

[...] A taxa média de mercado apurada pelo Banco Central para operações similares na mesma época do empréstimo pode ser utilizada como referência no exame do desequilíbrio contratual, mas não constitui valor absoluto a ser adotado em todos os casos. Com efeito, a variação dos juros praticados pelas instituições financeiras decorre de diversos aspectos e especificidades das múltiplas relações contratuais existentes (tipo de operação, prazo, reputação do tomador, garantias, políticas de captação, aplicações da própria entidade financeira, etc.). [...] (Agravo em Recurso Especial n. 469.333/RS. Ministro Antônio Carlos Ferreira. Data do julgamento: 31.10.2014).

O debate estende-se, contudo, na questão relativa a variação entendida como abusiva.

Esta Câmara, em que pese orientações diversas firmadas por outros Tribunais, adotou posicionamento majoritário de que existe abusividade quando a taxa de juros remuneratórios suplanta 10% (dez por cento) da média divulgada pelo BACEN.

Nesse sentido, precedentes deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AVENTADA LEGALIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA CONTRATADA ABUSIVA. LIMITAÇÃO, TODAVIA, A 10% DA TAXA MÉDIA DIVULGADA PELO BANCO CENTRAL. É abusiva a taxa de juros remuneratórios que suplante 10% a média divulgada pelo Banco Central, devendo o percentual ser limitado, todavia, ao valor máximo permitido. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0009124-98.2012.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 04-10-2018, grifou-se).

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. APELO DOS EMBARGANTES. [...]. **MANUTENÇÃO E REDUÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA CONTRATADA QUE SUPERA A MÉDIA DE MERCADO, EM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO). LIMITAÇÃO QUE SE IMPÕE, PORÉM, EM PATAMAR DIVERSO DOS PLEITEADOS E FIXADO EM SENTENÇA.** RECURSO DO BANCO PARCIALMENTE ACOLHIDO. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0000874-33.2012.8.24.0256, de Modelo, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 23-08-2018, grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE. [...]. **JUROS REMUNERATÓRIOS. TESE DE ABUSIVIDADE. AFERIÇÃO QUE DEVE SE PAUTAR PELA MÉDIA PRATICADA NO MERCADO NO PERÍODO DA CONTRATAÇÃO RELATIVAMENTE À OPERAÇÃO PACTUADA, ADMITIDA PEQUENA VARIAÇÃO. HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE A TAXA PACTUADA SUPLANTA EM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO) A TAXA MÉDIA DE MERCADO. EXCESSO CONFIGURADO. NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DA TAXA À MÉDIA DE MERCADO.** REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECLAMO ACOLHIDO NESTE ASPECTO. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0300369-24.2014.8.24.0021, de Cunha Porá, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 15-08-2018, grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA EMBARGANTE. [...]. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO SE SUJEITA A LEI DE USURA. SÚMULA N. 596 DO STF. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL REVOGADO. LIMITAÇÃO SUJEITA AO ÍNDICE DIVULGADO PELA TAXA MÉDIA DE MERCADO ANUNCIADA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ENUNCIADOS I E IV DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE. CASO EM QUE OS JUROS FORAM PACTUADOS ALÉM DA VARIÁVEL ADMITIDA (10%) SOBRE O PERCENTUAL PRATICADO PELO MERCADO. ABUSIVIDADE EXISTENTE. **Convém contemplar na presente decisão a inaplicabilidade dos termos legais constantes do Decreto n. 22.626/33 frente as instituições financeiras de acordo com a Súmula n. 596 do Supremo Tribunal Federal, in verbis: “As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.” Embora o índice dos juros remuneratórios não esteja vinculado a limitação disposta no revogado artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, a jurisprudência pátria e até mesmo os Enunciados I e IV do Grupo de Câmaras de Direito Comercial anotam que é possível estabelecer limitação/redução quando superiores àqueles praticados pelo mercado financeiro, elencados na tabela emitida pelo Banco Central do Brasil.** [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0008707-11.2010.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Guilherme Nunes Born, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 25-06-2018, grifou-se).

No caso, cada contrato será analisado de acordo com a sua natureza e taxa de juros remuneratórios pactuada.

1) No Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente - Pessoa Física, firmado em 15/02/2000, a taxa pactuada foi de 9,8% ao mês (fl. 18), enquanto o índice médio encontrado para operação (pessoas físicas – cheque especial) na data do pacto era de 8,03% ao mês.

Considerando-se a tolerância de 10%, na hipótese, seria possível a cobrança de uma taxa de até 8,83% ao mês (8,03% + 10% (0,803) = 8,83%).

2) No Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente – Pessoa Física, firmado em 20/07/2004, a taxa pactuada foi de 8,06% ao mês (fl. 80), enquanto o índice médio encontrado para operação (pessoas físicas – cheque especial) na data do pacto era de 7,57% ao mês.

Considerando-se a tolerância de 10%, na hipótese, seria possível a cobrança de uma taxa de até 8,32% ($7,57\% + 10\% (0,757) = 8,32\%$).

3) No Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente - Pessoa Física, firmado em 23/05/2001, a taxa pactuada foi de 7,80% ao mês (fl. 81), enquanto o índice médio encontrado para operação (pessoa física – cheque especial) na data do pacto era de 7,78% ao mês.

Considerando-se a tolerância de 10%, na hipótese, seria possível a cobrança de uma taxa de até 8,55% ($7,78\% + 10\% (0,778) = 8,55\%$).

4) No Contrato de Empréstimo Pessoal com Taxa Prefixada, firmado em 18/07/2007, a taxa pactuada foi de 2% ao mês e 26,82% ao ano (fls. 316-319), enquanto o índice médio encontrado para operação (pessoa física- crédito pessoal total) na data do pacto era de 3,47% ao mês e 50,61% ao ano.

Considerando-se a tolerância de 10%, na hipótese, seria possível a cobrança de uma taxa de até 55,67% ao ano ($50,61\% + 10\% (5,06) = 55,67\%$).

Extrai-se, da análise, que a única taxa prevista no contrato de fl. 18 superou a taxa média de mercado em mais de 10%, devendo, portanto, ser revista, permitindo-se a cobrança no teto referido, qual seja, taxa média + 10% = 8,83%.

Por outro lado, verifica-se que os contratos de fls. 80 e 81 não oneram o devedor, porque superam em menos de 10% a taxa média de mercado, de forma que devem ser mantidos tal como pactuados. Da mesma forma, entende-se quanto ao contrato de fls. 316-319, pois o índice é inferior à média de mercado.

Assim, dá-se parcial provimento ao recurso para, nos contratos de fls. 80, 81 e 316-319, manter as taxas de juros remuneratórios nos termos pactuados, e no pacto de fl. 18 permitir patamar diverso do estipulado em sentença.

Capitalização de juros

O apelante defende que nos contratos firmados em 15/5/2000 (fl. 18), 23/5/2001 (fl. 81) e 20/7/2004 (fl. 80) não há cobrança de juros capitalizados, e que no contrato de empréstimo pessoal de fl. 316, firmado em 18/8/2007, há previsão expressa de capitalização, de forma numérica, motivo pelo qual deve ser mantida.

No *decisum* proferido em primeiro grau, o magistrado consignou, em síntese que: “*analisando-se os ajustes acostados aos autos, não vislumbro a presença de pactuação expressa acerca da capitalização de juros, o que afasta a sua incidência, por se tratar de encargo totalmente abusivo*”.

No que concerne a capitalização de juros, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que sua cobrança é autorizada quando prevista legalmente e for expressamente pactuada.

A respeito, colhe-se do Enunciado das Súmulas ns. 539 e 541:

Súmula 539: “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”.

Súmula 541: “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”.

Esta Câmara, de igual modo, tem entendido. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...] CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CONTRATO. ENCARGO AFASTADO EM QUALQUER MODALIDADE. DECISÃO MANTIDA. **É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), bem como nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), desde que pactuada (STJ - Ag. Reg. no Ag. em Resp. n. 138.553/SC. Rel. Min. Sidnei Beneti. J. em 19.06.2012).** [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002812-72.2013.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 31-10-2018, grifei).

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.[...] **INVIABILIDADE DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. INSUBSISTÊNCIA. CONTRATO CELEBRADO APÓS A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.170-36/01. PREVISÃO EXPRESSA NA AVENÇA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 539 DO STJ.** ALEGAÇÃO DE QUE TERIA SIDO LEVADA A ERRO NA EFETIVAÇÃO DO CONTRATO. TESE AFASTADA. VÍCIO NÃO DEMONSTRADO. AJUSTE QUE CONSIGNOU EXPRESSAMENTE A DESTINAÇÃO DO VALOR CONTRATADO E OS ENCARGOS INCIDENTES. [...] RECURSO DO EMBARGADO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000603-66.2011.8.24.0124, de Itá, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 24-10-2018, grifei).

Quanto aos contratos de fls. 18, 80 e 81, verifica-se que, de fato, não há previsão de capitalização, motivo pelo qual incabível a sua incidência.

Já no que diz respeito ao contrato de fls. 316-319, constata-se que a taxa de juros anual (26,82%) é superior ao duodécuplo da taxa de juros mensal (2%), de modo que, nos termos da Súmula 541 do STJ, há pactuação do anatocismo, sendo permitida a cobrança da capitalização de juros em periodicidade inferior a anual.

Desse modo, dá-se provimento ao recurso para permitir a cobrança de capitalização de juros no contrato de fls. 316-319, uma vez que expressamente pactuada.

Comissão de permanência

A instituição financeira alega que *“da análise dos contratos e extratos apresentados não se verifica a cobrança de comissão de permanência na conta em questão”*, havendo equívoco em seu afastamento.

No mais, aduz que, caso estivesse expressamente prevista, sua cobrança seria lícita.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 294, que dispõe que *“não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa de mercado.”*

No ponto, colhe-se do inteiro teor da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Juliano Serpa:

Impossibilidade de cumulação de correção monetária com a comissão de permanência, juros de mora e multa

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento acerca do tema, considerando legal a incidência da comissão de permanência, desde que expressamente prevista no contrato e calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao índice contratado, vedada a cumulação com a correção monetária e outros encargos moratórios.

Isto porque, a comissão de permanência possui dúplice finalidade, porque serve para atualizar o valor da dívida a partir de seu vencimento e remunerar o credor pelo inadimplemento da obrigação.

É o que se extrai dos enunciados das Súmulas 294 e 30, respectivamente: *“Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”*.

“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

Sob tal parâmetro, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inclusive o Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por força do Enunciado n. III, permitia a cobrança da comissão de permanência, a partir do vencimento do contrato não adimplido pelo devedor, desde que expressamente convencionada e calculada à taxa média dos juros do mercado, limitada ao percentual fixado no contrato.

Verifico que nos contratos apresentados pela ré não consta a possibilidade de cobrança de comissão de permanência, estando estabelecidas as cobranças de juros moratórios, juros remuneratórios e multa.

Diante disso, deve ser afastada qualquer cobrança da comissão de permanência, devendo prevalecer, para o período de inadimplência, a incidência dos juros de mora pactuados, juros remuneratórios limitados à taxa média de mercado e multa de 2%. Ressalta-se que até dezembro de 1998 devem ser aplicados os índices de juros remuneratórios pactuados.

Da análise dos contratos firmados entre as partes (fls. 18, 80, 81 e 316-319) verifica-se que a comissão de permanência não foi pactuada. Ademais, não existe nos autos demonstração de que, ainda que não prevista contratualmente, estaria sendo cobrada.

Logo, nota-se que não há falar em afastamento da comissão de permanência, tampouco em revisão do ponto.

Apelo do Autor

Encargos moratórios

O autor requer a reforma da sentença para *“que seja expungida, a partir de 15.09.1989, a incidência de multa contratual, por não configurada a mora do autor apelante, devendo o mesmo tratamento, igualmente a partir de 15.09.1989, receber os juros moratórios”*.

Na hipótese sob exame, não houve demonstração do adimplemento substancial dos valores disponibilizados e fruídos pelo requerente.

Vejam-se:

“[...] MORA. AFASTAMENTO DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. ORIENTAÇÃO 02 DO STJ. MITIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO VALOR FINANCIADO. TEORIA DA MORA SUBSTANCIAL. MORA CARACTERIZADA. Restou assentado nesta Quinta Câmara de Direito Comercial que **não basta, por si só, a exigência de encargos abusivos no período da normalidade para descaracterizar a mora, sendo necessária, também, a demonstração do cumprimento de parte significativa do pactuado - pagamento da quantia auferida junto a casa bancária - a fim de evitar a utilização da demanda revisional como escudo para o inadimplemento contratual.** ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ORIENTAÇÃO N. 04 DO STJ. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS: A) EXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO DO DÉBITO; B) DEMONSTRAÇÃO DA ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS; C) **DEPÓSITO INCIDENTAL OU CAUÇÃO ACERCA DO VALOR INCONTROVERSO.** APELO IMPROVIDO. [...]”. (TJSC, Apelação Cível n. 0300540-88.2015.8.24.0071, de Tangará, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 26-01-2017).

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO EMITIDA COM A FINALIDADE DE DOCUMENTAR A OPERAÇÃO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE. [...] **DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PLEITO DOS EMBARGANTES PARA AFASTAR OS ENCARGOS MORATÓRIOS, ANTE A PRESENÇA DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS ABUSIVAS. ENTENDIMENTO PACÍFICO DA CÂMARA NO SENTIDO DE QUE A PRESENÇA DE ABUSIVIDADE, POR SI SÓ, NÃO É SUFICIENTE PARA DESCARACTERIZAR A MORA. NECESSIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE PARTE SUBSTANCIAL DO CONTRATO, A FIM DE EVITAR A UTILIZAÇÃO DA REVISÃO CONTRATUAL COMO DEFESA PARA O INADIMPLEMENTO. CONSIGNAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DO VALOR INCONTROVERSO OU OFERTA DE CAUÇÃO IDÔNEA QUE REPRIME A INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA MORA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO CUMPRIDAS. MORA CARACTERIZADA.** [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.065278-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 22-05-2014).

“[...] MORA. CARACTERIZAÇÃO. VIABILIDADE. CONSTATAÇÃO DE ABUSIVIDADES NO PERÍODO DA NORMALIDADE CONTRATUAL. AUSÊNCIA, TODAVIA, DE COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO OU DE DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO. MORA CARACTERIZADA. DECISÃO OBJURGADA REFORMADA. APELO PROVIDO NO PONTO. Neste Tribunal de Justiça vem firmando-se o entendimento de que, **para a descaracterização da mora do devedor - além do reconhecimento de abusividades no período da normalidade contratual -, faz-se necessária a comprovação do cumprimento considerável das obrigações, ou, se for o caso, de depósito em juízo do valor incontroverso do débito, ou caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado, em observância aos princípios do adimplemento substancial da dívida e da boa-fé objetiva dos contratantes.** ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. BANCO QUE DECAI EM MÍNIMA PARCELA. PAGAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE INCUMBEM AO AUTOR, VENCIDO EM MAIOR EXTENSÃO NA DEMANDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO NESTE ASPECTO. PREQUESTIONAMENTO. DISPENSABILIDADE ANTE A SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.081993-9, de Laguna, rel. Des. Gerson Cherem II, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 24-10-2013).

“[...] CARACTERIZAÇÃO DA MORA. AFASTAMENTO DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS QUANTO AOS CONTRATOS DE CAPITAL DE GIRO. ORIENTAÇÃO 02 DO STJ. MITIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO VALOR FINANCIADO. TEORIA DA MORA SUBSTANCIAL. MORA CARACTERIZADA. **Restou assentado nesta Quinta Câmara de Direito Comercial que não basta, por si só, a exigência de encargos abusivos no período da normalidade para descaracterizar a mora, sendo necessária, também, a demonstração do cumprimento de parte significativa do pactuado - pagamento da quantia auferida junto a casa bancária - a fim de evitar a utilização da demanda revisional como escudo para o inadimplemento contratual.** REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS. DEVER DE PROMOVER A DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE, NA FORMA SIMPLES, DIANTE DA AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ÔNUS SUCUMBENCIAL. READEQUAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSÁRIO. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.012249-9, de São José, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 02-05-2013).

A sentença reconheceu que, para o período da inadimplência, deve prevalecer a incidência dos juros de mora pactuados, juros remuneratórios e multa de 2%.

In casu, entende-se ser totalmente descabida a tese de exclusão dos juros moratórios e multa contratual, pois a cobrança dos encargos é plenamente possível quando a parte contratante entra em mora, ou seja, deixa de adimplir o negócio jurídico.

No que diz respeito a caracterização da mora, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.061.530/RS, decidiu que:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

[...]

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; b) **Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.** [...] (STJ - REsp 1.061.530/RS, Segunda Seção. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento 22.10.2008).

Na hipótese, não obstante ter se reconhecido a abusividade dos juros remuneratórios em (apenas) um dos contratos, tal circunstância, por si, não afasta a mora do devedor, pois, de acordo com a Orientação 4 do julgado supracitado, faz-se necessário o depósito dos valores incontroversos, o que não ocorreu na hipótese.

Assim, não há como se afastar a mora do devedor e, tampouco, a cobrança dos encargos moratórios nos períodos de inadimplência.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso no ponto.

Ônus sucumbenciais

O requerente postula o reconhecimento de sua sucumbência mínima, com a consequente condenação da requerida ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios.

Razão não lhe assiste na questão.

Isso porque, com o acolhimento de parte dos pedidos da instituição financeira, e, conseqüentemente, da parcial reforma da sentença, necessária se faz a readequação da sucumbência.

Desse modo, diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais na proporção de 60% pelo autor e 40% para o réu, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973.

Honorários advocatícios

O autor requer, ainda, a majoração dos honorários advocatícios.

À luz do artigo 20, § 4º, do CPC/1973, para valorizar a atividade dos causídicos, é de ser mantido o valor dos honorários advocatícios já imposto - R\$ 1.000,00 -, observada a porcentagem atribuída a cada parte, permitida a compensação, ante o enunciado sumular 306 do STJ - então aplicável.

Os honorários fixados alcançam o mesmo valor dado à causa pelo autor.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso da Requerida e dar-lhe parcial provimento; e, conhecer do recurso do Autor e negar-lhe provimento.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 0024048-43.2011.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador José Agenor de Aragão

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ALEGADA INVALIDEZ LABORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA SEGURADORA/DEMANDADA. ARGUIÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO ANUA, NOS TERMOS DO ARTIGO 206, §1º, INCISO II, “B”, DO CC, E SÚMULA 101 DO STJ. PREJUDICIAL AFASTADA. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE DO AUTOR.

“O prazo prescricional nas ações de seguro de vida é de um ano, contando-se da ciência do fato gerador da pretensão, conforme emana do art. 206, § 1º, II, do Código Civil e da Súmula nº 101 do STJ.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0033371-53.2016.8.24.0000, de Capinzal, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 27-07-2017).”

INSURGÊNCIA DO AUTOR. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR INCAPACIDADE DECORRENTE DE DOENÇA OCUPACIONAL. INVIABILIDADE. LAUDO PERICIAL QUE NÃO ATESTA INVALIDEZ DA PARTE, ALÉM DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE INDENIZAÇÃO PARA DOENÇA PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DE DOENÇA LABORAL COM ACIDENTE PESSOAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA APÓLICE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE.

“Incabível a aplicação de equiparação de doença laboral a acidente de trabalho, instituto de direito previdenciário, nos termos do art. 19, caput, da Lei n. 8.213/91, em sede de resolução de controvérsia sobre a obrigação derivada de contrato de seguro de vida em grupo, uma vez que, a complexidade do sistema securitário, especialmente diante do princípio da mutualidade, não admite impor à seguradora obrigação de pagar indenização por hipótese não prevista nas coberturas delineadas no contrato em questão, até porque, como pondera o Superior Tribunal de Justiça, o contrato de seguro, em razão de suas peculiaridades, deve ser interpretado restritivamente (REsp 1177479/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ ac. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 15.5.2012, DJe 19.6.2012).”

RECURSO DE AGRAVO RETIDO E DE APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0024048-43.2011.8.24.0018, da comarca de Chapecó 3ª Vara Cível em que é/são Apelante(s) Celso Cândido e Apelado(s) Mapfre Seguros Gerais S/A.

A 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo retido interposto pela recorrida e da apelação cível interposta pelo recorrente e negar-lhes provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade e Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 2 de agosto de 2018.

Desembargador José Agenor de Aragão

Relator

RELATÓRIO

Celso Candido ajuizou Ação de Cobrança de Seguro de Vida com Pedido Liminar de Exibição de Documentos contra Mapfre Seguros, pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 02/11, alegando, em síntese, que mantinha vínculo empregatício com a empresa Cooperativa Central Oeste Catarinense e, quando da sua admissão era descontado em sua folha de pagamento valores referentes a seguro de vida.

Afirma que no decorrer dos anos desenvolveu doença ocupacional diagnosticada como esclerose óssea cortical em ombro direito e esquerdo.

Diante disso, pugnou pela inversão do ônus das provas, bem como da concessão de tutela antecipada de exibição de documentos. Sucessivamente, requereu a condenação da demandada ao pagamento do seguro previsto na apólice, acrescido dos juros e correções. Ao final, pleiteou pela concessão da gratuidade da justiça, produção de todos os meios de prova e a condenação da demandada ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Juntou documentos (fls. 12/34).

Em despacho inicial, o Magistrado *a quo* intimou a demandada para apresentar a apólice e as condições gerais do contrato de seguro de vida e, na mesma oportunidade, ordenou a sua citação (fls. 35/37).

Regularmente citada (fl. 39), a demandada ofereceu contestação (fls. 41/71), arguindo, preliminarmente, a ocorrência da prescrição. No mérito, aduziu que o autor não faz jus ao recebimento de capital, na medida em que, sua doença não se enquadra na Invalidez Funcional Permanente e Total por Doença, ou seja, o autor não comprovou estar efetivamente inválido. Ao final, postulou a improcedência dos pedidos exordiais. Juntou documentos (fls. 72/106).

Réplica às fls. 110/113.

Em saneador (fls. 120/1), o Juiz de primeiro grau afastou a preliminar de prescrição suscitada na defesa, determinou a produção de prova pericial para verificar a invalidez do autor. Dessa decisão, sobreveio agravo retido por parte da demandada (fls. 140/9).

Laudo pericial às fl. 164.

Manifestações ao laudo pericial pela demandada às fls. 182/5, e pelo Autor às fls. 188/190.

Sentenciando (fls. 194/7), o ilustre magistrado Dr. Marcos Bigolin julgou a lide nos seguintes termos:

“[...] Diante de todo o exposto, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado na exordial.

Condene a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao procurador da parte contrária, pelo que os arbitro em R\$ 1.000,00, com base no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil. A exigibilidade das verbas fica sobrestada, na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50, vez que a autora é beneficiária da gratuidade judiciária. [...]”

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 201/5), repisando os mesmos fatos e

fundamentos jurídicos constantes da exordial, pugnando, ao final, pela reforma da sentença, julgando totalmente procedente.

Contrarrazões pela demandada às fls. 210/15.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Ab initio, faz-se necessário registrar que o novo Código de Processo Civil está em vigor desde 18.03.2016, e a partir deste momento devem ser respeitadas as regras processuais nele dispostas.

O hodierno Código preceitua em seu art. 14 que: *“A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”*

À vista disso, os atos processuais praticados sob a vigência do CPC/1973 devem ser respeitados, porquanto considerados atos jurídicos processuais perfeitos, protegidos constitucionalmente (art. 5º, XXXVI).

Passa-se à análise do recurso.

1. Preliminarmente – do agravo retido interposto pela requerida

1.1. Da prescrição

Em sede de agravo retido, sustenta a requerida a ocorrência da prescrição ânua, nos termos do artigo 206, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Código Civil e da Súmula n. 101 do STJ, na medida em que, o autor tomou conhecimento inequívoco que estaria incapacitado para as suas funções laborais em 25.11.2019.

Sem razão à requerida.

No caso vertente, o recorrente acostou aos autos documentos relativos a exames médicos; no entanto, não há laudos médicos que atestem a incapacidade laboral do segurado. Ademais, não há, também, o pedido administrativo para o recebimento da indenização.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“COBRANÇA.INDENIZAÇÃOSECURITÁRIA.INTERLOCUTÓRIAQUEREJEITOUAPRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. ADMISSIBILIDADE. A prescrição, rejeitada (decidida) em saneador, se enquadra na hipótese do inciso II do art. 1.015 do CPC/15, uma vez que versa sobre matéria de mérito (art. 487, II, do CPC). **PRESCRIÇÃO ÂNUA. APLICABILIDADE DO PRAZO PREVISTO NO ART. 206, § 1º, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL, BEM COMO DO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 101 DO STJ. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE DO AUTOR E DO PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. O prazo prescricional nas ações de seguro de vida é de um ano, contando-se da ciência do fato gerador da pretensão, conforme emana do art. 206, § 1º, II, do Código Civil e da Súmula nº 101 do STJ. O marco inicial prescricional**

inicia-se na data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula nº 278 do STJ). AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0033371-53.2016.8.24.0000, de Capinzal, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 27-07-2017 - grifei).”

Assim, com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição só começa a fluir a partir do momento em que a parte tem ciência inequívoca da sua incapacidade laboral, o que não está evidenciado nos autos, pois não há prova capaz de comprovar que o recorrente tinha ciência, com certeza, que estava incapacitado, não sendo considerado termo inicial do prazo a data do acidente.

Desta forma, afasto a prejudicial em exame.

2. Do mérito

Pretende o recorrente a reforma da decisão objeto da irresignação que julgou improcedente o pedido inicial sob o fundamento de que não restou caracterizada a sua invalidez, tendo em vista o parecer pericial concluir que a incapacidade é parcial e apenas para trabalhos que demandem esforços repetitivos dos membros superiores. Sendo assim, não está a parte inválida para o labor.

Adiante-se a conclusão de que o apelo não merece provimento.

Inicialmente, destaca-se que a relação pactuada entre as partes é de origem consumerista, porquanto “*o contrato de seguro envolve relação de consumo, razão pela qual se aplicam as disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor à ação de cobrança*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0033410-50.2016.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Subs. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 19-09-2016).

A partir da leitura do artigo 757, *caput*, do Código Civil, extrai-se que “*pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados*”.

Conforme assentou o Juízo *a quo*, não há como se acolher a pretensão de condenação da recorrida ao pagamento de indenização securitária, na medida em que, o laudo pericial concluiu que o recorrente não é inválido, “*não perdeu a capacidade laborativa, porém deve evitar retornar para atividades que demandem esforço físico intenso de membros superiores ou alta repetitividade de movimentos*”, falou ainda que “*seu quadro encontra-se estabilizado*”, finalizando que “*pode tranquilamente laborar em atividade que não demande este tipo de movimento*”.

Da fundamentação da sentença objurgada (fls. 196) se extrai:

“[...] Convém frisar que, apesar da afirmação do médico perito quanto à associação de seu quadro de tendinite decorrente de todo histórico laboral mais a degeneração natural, o que caracteriza a doença profissional, tal incapacidade é estável e apenas para atividades que exijam esforço repetitivo.

À vista disso, verifico que a doença que acomete o autor não se enquadra no conceito de invalidez permanente estipulado no contrato de seguro, haja vista que o laudo pericial atestou incapacidade parcial e temporária. [...]”

Outrossim, deve ser ressaltado, no que se refere a equiparação de doença profissional à acidente,

está pacificado pelo STJ e por este Tribunal que o contrato de seguro de vida, “*em razão das suas peculiaridades, deve ser interpretado restritivamente*” (REsp 1177479/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ ac. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 15.5.2012, DJe 19.6.2012), ou seja, existindo exclusão expressa de cobertura para moléstia profissional, não há o que se falar em indenização.

Por oportuno, colhe-se da jurisprudência:

“DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRETENSÃO DEDUZIDA PELO SEGURADO. DOENÇA INCAPACITANTE. TENDINOPATIA DE OMBRO DIREITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA PROLATADA NA ORIGEM. APELAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA SEGURADA-DEMANDANTE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE COBERTURA. ARGUMENTAÇÃO INACOLHIDA. INOCORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO TÍPICO PATENTEADA NO LAUDO PERICIAL. SEQUELAS DERIVADAS DE DOENÇAS LABORAIS. GARANTIA EXPRESSAMENTE EXCLUÍDA NO CONTRATO. EQUIPARAÇÃO DA MOLÉSTIA CAUSADORA DA INCAPACIDADE A ACIDENTE DE TRABALHO. INVIABILIDADE. PREVISÃO CONTIDA NO ART. 19, CAPUT, DA LEI N. 8.213/91 RELATIVA ÀS LIDES PREVIDENCIÁRIAS QUE NÃO SE APLICA ÀS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO. LIBERDADE DE CONTRATAR. COMPLEXIDADE DO SISTEMA SECURITÁRIO. MUTUALIDADE. INVIABILIDADE DE INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DAS COBERTURAS CONTRATADAS. DOENÇA APONTADA NA PETIÇÃO INICIAL QUE POR GERAR INCAPACIDADE PARCIAL IGUALMENTE NÃO SE AJUSTARIA À COBERTURA POR INVALIDEZ FUNCIONAL PERMANENTE POR DOENÇA, ACASO PACTUADA. INVOCAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR, NOS MOLDES DOS ARTS. 47 E 51, AMBOS DA LEI N. 8.078/90. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. NÃO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE PLENO DIREITO DAS CLÁUSULAS ATACADAS. PRECEITOS QUE NÃO POSSUEM O CONDÃO DE CRIAR OU AMPLIAR COBERTURAS, NOTADAMENTE QUANDO INEXISTE DÚVIDA ACERCA DA AUSÊNCIA DO DIREITO RECLAMADO. PACTO DE NATUREZA EMINENTEMENTE CIVIL QUE NÃO SE CONFUNDE COM AMPARO DE ÍNDOLE PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSIÇÃO DO ART. 85, § 11, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NOS MOLDES DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não contratando a estipulante com a seguradora determinadas coberturas em favor de seus funcionários, que por tal motivo também não efetuaram o pagamento dos respectivos prêmios proporcionalmente acrescidos, não se há falar em obrigação de pagamento de indenização não prevista na avença. As regras sediadas no Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, que impõem a interpretação favorável ao hipossuficiente, não têm o alcance de estender o rol de coberturas estipulado no contrato de seguro coletivo, que prevê estar apenas assegurada, além da incapacidade derivada de acidente, a invalidez funcional permanente total por doença, especialmente quando não há margem para dúvida razoável de que as moléstias desencadeadas não estão contratualmente protegidas. Incabível a aplicação de equiparação de doença laboral a acidente de trabalho, instituto de direito previdenciário, nos termos do art. 19, caput, da Lei n. 8.213/91, em sede de resolução de controvérsia sobre a obrigação derivada de contrato de seguro de vida em grupo, uma vez que, a complexidade do sistema securitário, especialmente diante do princípio da mutualidade, não admite impor à seguradora obrigação de pagar indenização por hipótese não prevista nas coberturas delineadas no contrato em questão, até porque, como pondera o Superior Tribunal de Justiça, o contrato de seguro, em razão de suas peculiaridades, deve ser interpretado restritivamente (REsp 1177479/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ ac. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 15.5.2012, DJe 19.6.2012). O Tribunal da Cidadania preconiza que a cobertura relativa à invalidez total e permanente por doença representa verdadeira “antecipação do pagamento da indenização relativa à garantia

básica, ou seja, para o caso de morte” (STJ, REsp. n. 1178616/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 14.4.2015, DJe 24.4.2015). Não se pode olvidar que o Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses deste jaez, vem proclamando que a chamada invalidez funcional não se trata de incapacidade profissional, pois tal cobertura (IFPD) é mais restritiva que a laboral (ILPD), sem que isso represente qualquer abusividade (STJ, REsp. n. 1449513/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 5.3.2015, DJe 19.3.2015). O complexo sistema securitário, edificado sobre o pilar da mutualidade, não permite a ampliação, por meio de mera interpretação favorável ao hipossuficiente, nos termos da Lei n. 8.078/90, das coberturas contratadas, sob pena de se admitir perniciosa desarmonia em sua estruturação. Conforme os ditames da novel legislação processual, caberá a fixação dos honorários sucumbenciais recursais nos recursos interpostos de decisões publicadas a partir do dia 18 de março de 2016 (NCPC, art. 85, §§ 1º e 11), a teor do Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. (TJSC, Apelação Cível n. 0310095-31.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 04-07-2018 - *grifei*.)”

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR EM EXECUÇÃO DE APÓLICE DE SEGURO DE VIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE EMBARGANTE. 1. APONTADA A NULIDADE ANTE O NÃO ENFRENTAMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PROMOVIDA ANTES DOS EMBARGOS. IRRELEVÂNCIA. OFERTA DA DEFESA CITADA QUE, POR SI SÓ, NÃO EXERCE INFLUÊNCIA NA CONTINUIDADE DA EXPROPRIATÓRIA. PREFACIAL AFASTADA. 2. **SUSTENTADA A IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DE DOENÇA LABORAL COM ACIDENTE PESSOAL PARA FINS DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SUBSISTÊNCIA. ENTENDIMENTO ASSENTE NESTA CÂMARA. AUSÊNCIA, IN CASU, DE COBERTURA SECURITÁRIA. INCAPACIDADE DECORRENTE DE DOENÇA PROFISSIONAL. APÓLICE LIMITADA ÀS HIPÓTESES DE INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL OU PARCIAL POR ACIDENTE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONTRATO QUE NÃO AFRONTA AS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MOLÉSTIA DECORRENTE DO TRABALHO QUE CONSTA COMO RISCO EXCLUÍDO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO CONTA COM A EXIGIBILIDADE NECESSÁRIA NA ESPÉCIE. NULIDADE VERIFICADA. EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DOS ARTIGO 783, 803, INCISO I, E 485, INCISO IV, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE. EMBARGOS ACOLHIDOS. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (TJSC, Apelação Cível n. 0044162-45.2008.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-07-2018 - *grifei*.)”

Sobre o tema em voga, destacam-se os julgados: Apelação Cível n. 0003504-95.2013.8.24.0072, de Tijucas, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 27-2-2018; Apelação Cível n. 0003774-53.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 27-2-2018; Apelação Cível n. 0002598-39.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 20-2-2018; Apelação Cível n. 0004210-35.2013.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 15-2-2018; Apelação Cível n. 0004199-80.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 15-2-2018; Apelação Cível n. 0307920-12.2016.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6-2-2018; Apelação Cível n. 0302309-93.2015.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6-2-2018; Apelação Cível n. 0311227-89.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 30-11-2017; Apelação Cível n. 0017044-81.2013.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 9-11-2017.

Nesse viés, as razões recursais do recorrente não merecerem provimento, na medida em que a recorrida não está obrigada contratualmente a indenizar o segurado que, além de não estar incapacitado total e permanentemente, está acometido por doença profissional, moléstia excluída da apólice de seguro.

Destaco que as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, em nada alteram a improcedência da ação, já que não se verifica qualquer abusividade na previsão contratual que não incluiu na apólice cobertura para doença profissional.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer o agravo retido interposto pela recorrida e da apelação interposta pelo recorrente e negar-lhes provimento.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Agravo n. 0153022-16.2015.8.24.0000/50000, de São José

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

AGRAVO (§ 1º DO ARTIGO 10 DA LEI N. 12.016/09) EM MANDADO DE SEGURANÇA. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. *MANDAMUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO JUDICIAL PRÓFERIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A IMPETRAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU ABUSO DE PODER. INVIABILIDADE DO *WRIT* QUE SE EVIDENCIA A PARTIR DA LEITURA DA INICIAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

“Conforme a Lei n. 12.016/2009, a petição inicial ‘será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração’ (art. 10, *caput*). Não havendo prova documental do direito vindicado ou se da narrativa dos fatos se inferir, estreme de dúvida, que a pretensão do impetrante não poderá ser atendida na seara do mandado de segurança, cumpre ao juiz indeferir a petição inicial. Nesses casos, não se tem indeferimento da petição inicial ‘por razões de mérito’, o que é vedado (ROMS n. 6.063, Min. Ari Pargendler), pois a pretensão poderá ser renovada em processo de conhecimento. Os princípios da economia e da instrumentalidade do processo autorizam e impõem essa solução. É justo o anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional. Não é razoável, nem lógico, que seja denegada a liminar porque inexistente direito com as características de liquidez e certeza e se permita o prosseguimento do feito, onerando a sociedade com os custos de um processo que desde logo se revela inadequado para a solução do litígio. ‘O pedido absolutamente incabível denota a carência do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido e acarreta o indeferimento da petição inicial’ (AgRgMS n. 13.898, Min. Benedito Gonçalves)” (AgRgMS n. 2011.080970-1, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 7.11.2012).

“O conceito de direito líquido e certo é tipicamente *processual*, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo; a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”. (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 56-57).

O interesse processual há de ser aferido sob o ângulo prático, não se prestando o Judiciário a atuar como órgão de consulta, respondendo a questionamentos que, de plano, verifiquem-se infrutíferos, no sentido de nada agregarem à esfera de direitos da parte autora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 0153022-16.2015.8.24.0000/50000, da comarca de São José 2ª Vara Cível em que é parte agravante Jurandyr Coelho Pires e parte agravada Estado de Santa Catarina e outros.

A Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Stanley Braga, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz,

Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, José Agenor de Aragão, Newton Trisotto, Ricardo Fontes, Joel Figueira Júnior, Jairo Fernandes Gonçalves e Selso de Oliveira.

Florianópolis, 10 de outubro de 2018.

Desembargador Sebastião César Evangelista

Relator

RELATÓRIO

Jurandyr Coelho Pires interpôs agravo (do artigo 10, § 1º, parte final, da Lei n. 12.016/09) contra decisão deste signatário que indeferiu liminarmente a inicial do Mandado de Segurança n. 0153022-16.2015.8.24.0000 e julgou-o extinto sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 10, caput, da Lei n. 12.016/09, cumulado com o artigo 267, IV, do Código de Processo Civil/73.

Nas suas razões recursais, o agravante sustentou:

a) nulidade absoluta da decisão, ao argumento de que a petição inicial do mandando de segurança foi indeferida liminarmente por razões de mérito, o que seria vedado. Nesse contexto, colacionou julgados do Superior Tribunal de Justiça, especificamente: RMS 2.239/MG, relatoria do Min. Edson Vidigal, julgado em 18.2.1999; REsp n. 252.766/MS, relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento realizado em 3.4.2001; RMS n. 12.532/DF, relatoria do Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 11.6.2002; AgRgMS n. 20.522/AL, relatoria do Min. Gilson Dipp, julgado em 14.3.2006; RMS n. 24.094/RS, relatoria do Min. Jorge Mussi, julgamento realizado em 24.11.2008; AgRgMS n. 38.609/RO, relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento realizado em 6.8.2013;

b) que é terceiro prejudicado pela alínea “f” do disposto do julgamento dos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2013.082549-5/0001.00, na medida em que, sem ser parte no processo, o desfecho do recurso permitiu que Nilson Marcos e Tania Regina Marcos alienassem os lotes 45 e 46, os quais alega ser proprietário. Assim, pugnou pela aplicação da Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça. A esse respeito mencionou julgados dessa Corte, quais sejam: MS n. 2003.023840-9, da Capital, relatoria do Des. Cláudio Barreto Dutra, julgamento realizado em 15.6.2004; e MS n. 2005.009332-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, julgado em 30.6.2005.

c) ofensa à regra disposta no artigo 472 do Código de Processo Civil/73, uma vez que foi atingido por coisa julgada formal e material de processo onde não foi parte.

Por fim, requereu, na condição de terceiro prejudicado, o provimento do presente agravo buscando o processamento do mandado de segurança, com o deferimento da medida liminar e, em seguida, a sua confirmação, com a procedência de todos os pedidos formulados no writ.

No despacho de fls. 2.662 a 2.664, determinou-se a citação dos litisconsortes passivos necessários, conforme requerido na petição inicial do mandado de segurança, nos moldes dos artigos 238 e seguintes do CPC/15, para o oferecimento de contestação; no mesmo ato, determinou-se também a

intimação pessoal dos litisconsortes, conferindo-lhes prazo para a apresentação de contrarrazões ao agravo interno interposto da decisão que indeferiu a petição inicial.

Cumpridos os mandados de citação, vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

1 A decisão monocrática agravada, de relatoria do signatário, indeferiu a petição inicial do mandado de segurança com amparo no art. 10 da Lei n. 12.016/09. Resumidamente, o decisório considerou que era impertinente a tese de agressão a direito de terceiro ou de indevida formação de coisa julgada contra terceiro. Por anteaver, de início, que a narrativa do impetrante não dava amparo à conclusão sobre violação a direito líquido e certo, extinguiu-se desde logo o mandamus.

Revedo-se a fundamentação da decisão, ela provavelmente merece a crítica de ter sido pouco didática no tocante à interpretação conferida ao art. 10 da Lei do Mandado de Segurança. Todavia, no mérito, o writ de fato não se sustenta, já que não há cogitar, na espécie, de admissibilidade do mandado de segurança. Passa-se, então, a uma explicação mais pormenorizada das razões de decidir, a começar pela descrição do contexto em que proferida a decisão hostilizada.

2 Em verdade, em que pese o grande volume de documentos carreados aos autos, a questão sob exame pode ser brevemente descrita. É útil afirmar-se, desde o início, que o mandado de segurança foi impetrado para fins de proteger alegado domínio sobre imóveis. Mais especificamente, dois lotes.

Os dois lotes que o impetrante afirma ter adquirido integravam um loteamento que foi objeto de contrato de compra e venda (área total de pouco mais de 56.000 m²).

A decisão da Terceira Câmara de Direito Civil cuidou apenas de ressalvar direitos de pessoas que foram consideradas “terceiros de boa-fé” independentemente de ajuizamento de demanda, atendidos os seguintes parâmetros: (a) data do contrato, (b) reconhecimento de firma e (c) quitação. Estabeleceu, assim, uma regra de presunção de boa-fé, dispensando o ajuizamento de ações individuais por quem não se encontrasse nessa condição.

Os impetrantes insurgem-se porque teriam adquirido dois lotes, por contrato particular. Defendem ter o domínio dos lotes ns. 45 e 46 e afirmam que em hipótese alguma a decisão proferida pela Terceira Câmara de Direito Civil poderia ter atingido seu patrimônio jurídico, já que não foram parte no processo.

É essa, muito resumidamente, a questão submetida a juízo no mandado de segurança: o Judiciário rescindiu venda de loteamento e os impetrantes, alegando serem adquirentes de dois lotes, afirmam que a decisão judicial configura abuso de poder, pois prejudicou a terceiros.

3 Na sua petição inicial, sustentou o impetrante que, por não ser parte no processo n. 064.10.012893-2 (rescisão do negócio de compra e venda do loteamento), “jamais poderia ser prejudicado em face dos julgamentos dos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2013.082549-5/0001.00” (p. 10). Afirmou que os lotes “45 e 46 estavam, desde 08/02/2011, compromissados em seu nome, bem como, a partir do ano-calendário 2011, constam de suas declarações de imposto de renda” (p. 11).

As razões declinadas na impetração não dão amparo à tese de violação a direito líquido e certo. Ao contrário, a partir da narrativa exposta na vestibular, observa-se que o objetivo almejado pelo autor deve ser objeto de demanda própria, pelo rito ordinário, a ser examinada no primeiro grau de jurisdição.

O direito real é exercido erga omnes e, nessa extensão, todo comando judicial que cria, modifica ou extingue direito real tem efeitos que se irradiam sobre um conjunto indeterminado de pessoas, sem que elas precisem, por isso, integrar o feito. Não é incomum que a anulação de negócio frustrate a expectativa criada a partir de relações negociais, daí a existência, no Código Civil, das normas atinentes a evicção (Parte Especial, Livro I - Do Direito das Obrigações, Título V - Dos Contratos em Geral, Capítulo I - Disposições Gerais, Seção VI Da Evicção).

Uma vez que o impetrante se considera prejudicado pela perda do bem, ele poderá socorrer-se da via judicial para buscar a medida que lhe parecer mais apropriada, seja para proteger o alegado domínio sobre o imóvel, seja para buscar a reparação da evicção. Mas em nenhuma das hipóteses tal pedido deverá ser apresentado na forma de mandado de segurança.

4 A decisão da Terceira Câmara de Direito Civil cuidou apenas de ressaltar direitos de pessoas que foram consideradas “terceiros de boa-fé” independentemente de ajuizamento de demanda, atendidos os seguintes parâmetros: (a) data do contrato, (b) reconhecimento de firma e (c) quitação. Estabeleceu, assim, uma regra de presunção de boa-fé, dispensando o ajuizamento de ações individuais por quem não se encontrasse nessa condição.

Essa ressalva feita à fase de cumprimento de acórdão (ressalvando terceiros de boa-fé) limitou as consequências da anulação do contrato, formando coisa julgada contra os autores do processo n. 0012893-36.2010.8.24.0064 (Nilson Marcos e Tânia Regina). Em verdade, os demandantes pretendiam reaver a integralidade de uma gleba de pouco mais de cinquenta e seis mil metros quadrados. O comando judicial, entretanto, adotou um critério para acolher parcialmente o pleito. Essa limitação forma coisa julgada exclusivamente em relação às partes. Seja tendo-se em conta o CPC/1973, art. 472, ou o art. 506 do CPC/2015, não se compreende o motivo por que o autor considera que haveria qualquer óbice a que ele ajuizasse, no primeiro grau de jurisdição, uma demanda destinada ou a reivindicar a coisa ou a exigir a compensação pela evicção.

Embora essa não seja a situação de maior ocorrência no contencioso civil, o fato é que não é raro encontrarem-se demandas oriundas da frustração de negócio de compra e venda de lote, seja por anulação de negócio ou pela própria inviabilização do loteamento (por irregularidade administrativa ou ambiental). Daí não se vislumbrar, a partir da narrativa apresentada nas razões da impetração, qualquer evidência de ilegalidade na decisão inquinada.

5 Em respeito ao princípio da efetividade da jurisdição, deve-se indeferir a petição inicial caso se observe que mesmo se verídica a narrativa apresentada pelo demandante, não exsurge em seu favor o direito subjetivo cuja proteção é reclamada. No âmbito do mandado de segurança, essa regra geral do Direito Processual Civil deve ser ainda mais estritamente observada, tendo em vista a limitação legal das hipóteses em que admissível o manejo do procedimento especial disciplinado na Lei n. 12.016/2009.

O interesse processual há de ser aferido sob o ângulo prático, não se prestando o Judiciário a atuar

como órgão de consulta, respondendo a questionamentos que, de plano, verifiquem-se infrutíferos, no sentido de nada agregarem à esfera de direitos da parte autora. Nesse sentido, o art. 295, parágrafo único, II, do CPC/1973, permitia ao magistrado, desde logo, indeferir a petição inicial se do exame da petição inicial for possível inferir, de imediato, que das alegações formuladas não exsurge o direito à prestação pretendida. Essa norma encontra-se atualmente abrigada no art. 330, § 1º, III, do CPC/2015.

Existe nesse raciocínio, é certo, alguma miscigenação entre o direito material e o processual. Essa “impureza” é salutar e mesmo necessária ao sistema processual. Respeitados os princípios da instrumentalidade e da celeridade processual, a prestação jurisdicional deve ser aferida sob o ângulo prático e demandas manifestamente procedentes ou improcedentes devem ter tramitação abreviada, a fim de preservar o tempo da atividade judicante à instrução de processos em que de fato haja necessidade de aprofundamento cognitivo, para exame de questões mais complexas. Esse filtro, para distinguir demandas em que é ou não necessária dilação probatória, perpassa o exame do mérito.

As reformas do sistema processual na primeira década do século XXI, com a ampliação dos poderes do relator (CPC/1973, art. 557, com a redação dada pela Lei n. 10.352/2001), seguiram esse norte. Nessa senda seguiu-se também a criação da hipótese de julgamento *ab initio* inserta no art. 285-A do CPC/1973 (incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

Antevendo o movimento nesse sentido, registrou-se em decisão datada de 5 de março de 2015, da relatoria do signatário:

As próximas reformas processuais e a inclinação jurisprudencial devem seguir essa tendência. Nada mais razoável. A prestação jurisdicional, afinal, tem por objetivo concretizar o direito material, satisfazendo uma pretensão legítima que à parte é proibido concretizar por meios próprios. Ressalvadas exceções previstas em lei (legítima defesa, desforço *incontinenti*) é do Estado o monopólio da coerção legítima, o que significa que é prerrogativa do Estado compelir um terceiro a cumprir um dever omissivo ou comissivo que esteja a ser ilegalmente negligenciado. Dessa feita, a ação judicial não é um simples instrumento de consulta ao Judiciário para provocar uma manifestação sobre o direito aplicável a uma dada situação. É, sim, um instrumento de concretização de uma tutela jurídica prontamente exigível. (Ap. Cív. n. 2011.023871-3, de São José).

De fato, o novo Código de Processo Civil, ao enfatizar que a atividade jurisdicional é uma modalidade de prestação de serviço público e estampar a “eficiência” como um dos princípios a serem seguidos no processo, abre espaço a que se tenha uma preocupação maior com praticidade, celeridade e economicidade.

Assim como há demandas cujo exame exigem especial atenção e sensibilidade, há pleitos que, desde o início, revelam-se infundados. É necessário que, na administração do tempo, o Judiciário dê muito mais atenção aos processos da primeira dessas categorias, a fim de que sejam tais casos apreciados de forma justa, técnica e em prazo razoável. Um dos instrumentos necessários para eficiência no aproveitamento do tempo de trabalho é o encurtamento do tempo despendido em casos de ausência de interesse processual ou ainda de manifesta improcedência. É nesse sentido que se compreende a precisão do art. 330, § 1º, III, do CPC, que, reproduzindo o comando contido no art. 295, parágrafo único, do CPC/1973, estabeleceu que se deve indeferir a petição inicial quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”. O art. 332 cuida das diversas hipóteses de “improcedência liminar do pedido”, caso em que também se extingue de plano o processo, com incursão no mérito.

O processamento de uma demanda judicial, afinal, não deve ser observado sob um prisma estritamente privado, já que envolve o movimento da máquina estatal em favor do autor, que apresenta pretensão (ou ação de direito material) contra a parte demanda.

Sobre o tema, ensina Pontes de Miranda:

Exigere (ex, ago) é empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja exato. Acionar, *agere*, sem o *ex*, não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado. O Estado, cumprindo a prometida pretensão à tutela jurídica, é que exige, nas ações propostas: o réu é o obrigado da pretensão à tutela jurídica que o Estado realiza, porque prometeu aos autores tal tutela. A relação jurídica processual é em ângulo: autor, Estado; Estado, réu. (*Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 101, 102)

Os recursos do Poder Judiciário, assim como os de todo órgão público, são limitados e devem ser voltados aos casos em que seja efetivamente útil no sentido de promover a justiça e a pacificação social, “conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (CPC, art. 1º). Conforme disserta Cândido Rangel Dinamarco, “O processo não é um instrumento do autor (no exercício da ação), mas do Estado, o qual através dele exerce típica função que é só sua (jurisdição) com vista a certos objetivos relacionados com valores sociais, políticos e jurídicos da sociedade que com o interesse daquele que vem a juízo e pode ter razão ou deixar de tê-la” (Fundamentos do Processo Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 274.).

Assentadas essas premissas, pode-se afirmar que se o magistrado conclui, a partir do exame da petição inicial, que não há direito, ou ao menos não um direito prontamente exigível a ser reclamado do réu, compete-lhe fulminar, com a maior brevidade e menor onerosidade possível, a demanda indevidamente ajuizada.

Por maior motivo deve-se compreender restritivamente a possibilidade de manejo da via estreita do mandado de segurança.

Voltando-se os olhos ao caso concreto, pode-se verificar que, na espécie, a partir do simples exame da vestibular e dos documentos que a acompanham é possível aferir, desde logo, a ausência da alegada violação a direito líquido e certo, o processamento do feito significaria desserviço ao princípio da eficiência. Embora o art. 10 da Lei do Mandado de Segurança não faça expressa menção ao art. 295, § 1º, do CPC/1973, é certo que não se pode conferir ao procedimento especial (de aplicabilidade restrita), uma admissibilidade mais ampla do que a reconhecida ao procedimento ordinário. Assim é que o art. 10 da Lei do Mandado de Segurança, interpretada à luz dos princípios que regem o Direito Processual Civil, deve abranger as hipóteses em que, ab initio, vislumbra-se que o mandado de segurança não se presta a viabilizar a prestação jurisdicional pretendida.

A decisão monocrática agravada, da relatoria do signatário, reconheceu ser essa a situação dos autos, motivo por que se consignou na fundamentação:

Além disso, o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcionalíssima, que somente se revelaria cabível se a decisão impugnada estivesse revestida de teratologia, abuso flagrante ou manifesta ilegalidade.

(...)

No caso concreto, a decisão ora atacada foi devidamente motivada, fundamentada e ditada não ao arrepio da lei, sendo que os argumentos utilizados para enveredar no caminho contrário aos anseios do impetrante não podem ser classificados como teratológicos a ponto de tornar apta a pretensão voltada a sua correção via mandado de segurança.

No caso concreto, a decisão ora atacada foi devidamente motivada, fundamentada e ditada não ao arrepio da lei, sendo que os argumentos utilizados para enveredar no caminho contrário aos anseios do impetrante não podem ser classificados como teratológicos a ponto de tornar apta a pretensão voltada a sua correção via mandado de segurança.

O agravante, em sua insurgência, acusa que tal decisão incursionou no mérito. Essa crítica talvez tenha alguma pertinência. Pode-se concluir, de fato, que o raciocínio ora seguido permite alguma confusão entre preliminar e mérito. Parece claro, entretanto, que esse é o escopo da norma contida no art. 330, § 1º, III, do CPC, bem como no art. 10 da Lei n. 12.016/2009.

A partir de interpretação teleológica dos referidos preceitos, é possível afirmar que se a tese apresentada pelo próprio autor evidencia a inviabilidade da reforma da decisão judicial pela via do mandado de segurança, deve-se indeferir a petição inicial.

Sobre o tema, registra-se precedente desta Corte:

“Conforme a Lei n. 12.016/2009, a petição inicial ‘será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração’ (art. 10, caput). Não havendo prova documental do direito vindicado ou se da narrativa dos fatos se inferir, estreme de dúvida, que a pretensão do impetrante não poderá ser atendida na seara do mandado de segurança, cumpre ao juiz indeferir a petição inicial. Nesses casos, não se tem indeferimento da petição inicial ‘por razões de mérito’, o que é vedado (ROMS n. 6.063, Min. Ari Pargendler), pois a pretensão poderá ser renovada em processo de conhecimento. Os princípios da economia e da instrumentalidade do processo autorizam e impõem essa solução. É justo o anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional. Não é razoável, nem lógico, que seja denegada a liminar porque inexistente direito com as características de liquidez e certeza e se permita o prosseguimento do feito, onerando a sociedade com os custos de um processo que desde logo se revela inadequado para a solução do litígio. ‘O pedido absolutamente incabível denota a carência do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido e acarreta o indeferimento da petição inicial’ (AgRgMS n. 13.898, Min. Benedito Gonçalves)” (AgRgMS n. 2011.080970-1, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 7.11.2012).

Por meio do indeferimento da petição inicial, evita-se desnecessária formação de contraditório e instrução processual quando, desde o início, é evidente ao magistrado a incongruência entre a exposição dos fatos e o pedido formulado.

6 Feitas essas considerações iniciais, tem-se por devidamente explicitada a interpretação das normas processuais aplicáveis que levaram ao indeferimento da petição inicial. Apenas para fim de explicitar o motivo por que esse raciocínio aplica-se ao caso concreto, cumpre elucidar mais especificamente o contexto e o teor do acórdão que é apontado como coator.

6.1 No julgamento que é objeto do presente mandamus, a Terceira Câmara de Direito Civil

examinou insurgência contra a sentença que, no ano de 2011, foi proferida no processo n. 0012893-36.2010.8.24.0064, pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de São José.

No primeiro grau, resolveu-se pela procedência do pedido “para revigorar primeira decisão antecipatória de forma a rescindir o contrato de compra e venda (pois inquestionável o inadimplemento) e anular o ato jurídico de outorga de escritura pública reintegrando os autores definitivamente na posse da área”. Com isso, restabeleceu-se em favor da parte autora (Nilson Marcos e outro) a propriedade do imóvel com área de 56.906,59 m², matriculado no Cartório de Registro de Imóveis de São José sob o n. 69.346, que havia sido negociado com os réus (José Waldemar Kuhn e outros).

Dessa decisão sobreveio a Apelação Cível n. 2012.009238-5, interposta por José Waldemar Kuhn e outros, ao qual a Terceira Câmara do Direito Civil negou provimento, na sessão de julgamento de 27 de março de 2012.

Na conclusão da fundamentação do acórdão, entretanto, fez-se uma ressalva em relação a terceiros de boa-fé:

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso e indefere-se o pedido de ingresso no feito formulado Jair Coan. Outrossim, determina-se que os autores deem cumprimento aos contratos de compra e venda firmados com terceiros de boa-fé, garantindo a entrega dos lotes assim que concluídas as obras do loteamento.

Esse aspecto, do respeito aos contratos firmados com terceiros de boa-fé, é que veio a, posteriormente, ensejar diversos conflitos em fase de cumprimento de sentença.

Note-se que na fase de conhecimento nada se dispôs especificamente, nas decisões judiciais de primeiro e segundo grau, sobre a ressalva do direito de terceiros. Houve apenas uma consideração genérica sobre “contratos de compra e venda firmados com terceiros de boa-fé.

O problema sobre o detalhamento dessa ressalva dos direitos de terceiros (quais contratos seriam considerados de boa-fé) surgiu no processo apenas na fase de cumprimento de sentença. Passa-se, pois, a descrever a forma como isso se sucedeu na origem.

6.2 Com o trânsito em julgado da ação, os autores (Nilson e outro) iniciaram a fase executiva, a fim de que fossem reintegrados na posse do imóvel. Além disso, pleitearam a averbação da anulação do registro de transferência do imóvel matriculado sob o n. 69.346, no Cartório do Registro de Imóveis de São José.

O registrador de imóveis observou a ressalva no título judicial em reação ao direito de terceiros e solicitou que o Juízo informasse os critérios para determinar quais títulos firmados com terceiros poderiam ser registrados.

O magistrado singular, por sua vez, ao responder os questionamentos, consignou os seguintes critérios para estabelecer quem seriam os adquirentes de boa-fé:

Quanto a primeira.

A ineficácia abrange sim a todos os títulos firmados pelos anteriores proprietários, com as ressalvas que abaixo serão efetuadas, frente aos demais questionamentos.

A data é a da publicação do acórdão, 11.5.12.

Quanto a segunda.

É necessário que haja regular reconhecimento de firma nos contratos anteriormente celebrados, e que conste expressa quitação do preço pago.

Terceira.

Escrituras públicas adredemente efetuadas, pelos anteriores proprietários podem e devem ser registradas, desde que constem a declaração de quitação do preço.

[...]

Frente ao exposto, officie-se ao senhor registrador para que cumpra o ato em sua plenitude e totalidade, ou seja, cancele a matrícula mãe observando-se quanto as matrículas filhas, as orientações acima.

Pontuadas essas premissas, começaram a aportar aos autos petições de terceiros adquirentes, que requereram fosse determinado ao cartório de registro de imóveis o assentamento da propriedade dos lotes adquiridos.

Após uma sucessão de decisões proferidas pela instância a quo, ofícios remetidos ao cartório de registro de imóveis, questionamentos do registrador e insurgências formuladas pelos adquirentes, o magistrado de primeiro grau proferiu decisão, consignando na parte dispositiva:

- a) o cancelamento do ofício de fls. 1040, oficiando-se ao Tabelionato de Notas e de Protestos Fernanda Isabel Wissel para que desconsidere seu conteúdo, e ao CRI para que tome conhecimento do teor do despacho;
- b) que seja oficiado ao Tabelionato de Notas e de Protestos Fernanda Isabel Wissel, autorizando NOMINALMENTE a outorga das escrituras dos lotes 32, 51, 52, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 96, 97, 98 e 99 por José Waldemar Kuhn e outros, para cada um dos terceiros adquirentes relacionados no item 2 da petição de fls. 1117;
- c) Que seja oficiado ao Cartório de Registro de Imóveis de São José para que proceda ao registro das escrituras dos lotes 27, 32, 47, 48, 50, 51, 52, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 89, 90, 95, 96, 97,98, 99 e 101, já outorgadas por José Waldemar Kuhn e outros para cada um dos terceiros adquirentes relacionados nos itens 2 e 4 da petição de fls.1117 a 1122;

Ultimando, imito na posse dos lotes 14, 18, 19, 22, 23, 24, 27, 32, 42, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 89, 90, 95, 96, 97,98, 99 e 101 os requerentes de fls. 875 e 750-752.

Observa-se, pois, que o juízo de origem, em fase de cumprimento de sentença, excluiu da abrangência da coisa julgada algumas dezenas de lotes. Como era de se esperar, os autores, então exequentes, interpuseram agravo de instrumento.

6.3 O agravo de Instrumento n. 2013.082549-5 foi distribuído por prevenção à Terceira Câmara de Direito Civil, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso.

O órgão fracionário reconheceu que a abrangência do comando judicial seria, de fato, afetada por negócios preteritamente realizados e, em reexame do mérito, reputou adequados os parâmetros inicialmente pelo magistrado para a delimitação dos terceiros de boa-fé, ou seja, aqueles houvessem

apresentado contrato celebrado anteriormente a 11 de maio de 2012, com firma devidamente reconhecida, acompanhado de prova da quitação de preço. Ponderou, por outro lado, que o juízo de origem não teria seguido fielmente os parâmetros por ele mesmo delimitados, motivo por que se deu parcial provimento ao recurso para modificar o conjunto de lotes admitidos como exceção ao cumprimento da sentença.

Houve, pois, uma redução do escopo de lotes excluídos da fase de cumprimento de sentença.

Irresignados com os termos em que redefinido o escopo da execução (e dos lotes preservados em favor de terceiros de boa-fé), ambas as partes (exequentes e executados) opuseram embargos de declaração. Os exequentes (Nilson Marcos e outro) sustentaram que em nenhum momento, os lotes ns. 1, 38, 45, 46, 56 e 57 teriam sido objeto de discussão judicial entre as partes. Os executados (José Waldemar Kuhn e outros) argumentaram que deveriam ser excluídos os lotes negociados com o falecido Sr. Jair Coan.

No julgamento dos embargos de declaração, parcialmente acolhidos com efeitos infringentes, resolveu-se por reduzir ainda mais o conjunto de lotes a serem transferidos para terceiros de boa-fé. Nessa nova redução foram excluídos os lotes 45 e 46, com o que se sentiu logrado o Sr. Jurandyr Coelho Pires, impetrante do mandado de segurança.

Ora, do que foi narrado, observa-se que o julgado apenas não excluiu o imóvel do Sr. Jurandyr Coelho Pires das consequências advindas da rescisão do contrato de compra e venda de todo loteamento. Essa “não ressalva”, entretanto, em nada se confunde com a criação de coisa julgada em desfavor da parte que, como já referido, poderá, pelas vias ordinárias, no primeiro grau de jurisdição, buscar a proteção do direito alegado, seja para a proteção do alegado domínio do imóvel, seja para buscar a reparação pela evicção. Em tal demanda poderão as partes debater e requerer a produção das provas que repute necessárias para que se esclareça se os imóveis foram de fato revendido, quando o foram, por que preço, se o contrato foi adimplido, entre outras questões que eventualmente sejam objeto de controvérsia. O que absolutamente não se concebe é que se pretenda, pela via estreita do mandado de segurança, modificarem-se os efeitos da decisão da Terceira Câmara de Direito Civil.

Na esteira desses argumentos já declinados, conclui-se pela confirmação da decisão monocrática que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança.

7 Por todo o exposto, conhece-se do agravo interno e nega-se-lhe provimento.

É o voto

Ação Rescisória n. 4011059-44.2018.8.24.0000, de São José

Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA EM GRAU RECURSAL. PRETENSÃO DESCONSTITUTIVA FUNDADA EM “DOLO”, “VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA” E “ERRO DE FATO” (ART. 966, INCS. III, V E VIII, CPC/15). VÍCIOS INOCORRENTES. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. PRODUÇÃO PROBATÓRIA PLEITEADA QUE SE MOSTRA INÚTIL. PROVA ORAL QUE NÃO SUPLANTARIA O QUE JÁ CONSTA DA PROVA DOCUMENTAL. REVELIA DO RÉU. EXEGESE DO ART. 355 DO CPC.

II. DOLO.

O dolo rescisório “consiste na prática, pela parte vencedora, além das condutas vedadas pelo CPC 80, de ardis, maquinações e atividades enganosas em geral, capazes de subtrair da parte contrária o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e afastando o juiz de uma decisão de acordo com a verdade” (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery). A suspeita da autora quanto à simulação engendrada pelo réu foi alvo de enfrentamento na decisão rescidenda e, no bojo da presente rescisória, não se lastreia em qualquer argumento que já não tenha sido superado, mas em meras elucubrações, inservíveis à desconstituição da coisa julgada.

III. VIOLAÇÃO A 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). Caso concreto em que se revela o mero descontentamento da autora com relação à prestação jurisdicional entregue, que não guarda qualquer teratologia, mas interpreta a norma jurídica de acordo com minudente fundamentação.

Não há violação à norma jurídica quando decorre de alteração da jurisprudência. Conforme a Súmula nº 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescidenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

A correta leitura do verbete é no sentido de vedar o manejo da rescisória, com espeque no permissivo do art. 966, V, do CPC, tendo em vista eventual mutabilidade da posição jurisprudencial, justamente porque tal compreensão desvirtua a natureza da *actio rescisoria*, transformando-a em verdadeiro *recurso de apelação com prazo de dois anos*. A orientação contida no referido enunciado sumular prestigia a segurança jurídica e o instituto da coisa julgada, esta formada em tempo no qual se afigurava razoável o entendimento nela manifestado.

IV. ERRO DE FATO.

Para o STJ, até por expressa disposição legal, o “O erro de fato que autoriza a ação rescisória (art. 485, inciso IX, do CPC) é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato inconteste nos autos.” (AgRg no AG n. 1346336-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/02/2014).

Não se cogita a ocorrência de erro de fato se ele não é absolutamente relevante para o julgamento da questão, bem como se ele não é apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo necessária a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

Caso concreto em que não houve fato inexistente considerado, nem fato incontestado nos autos desconsiderado, já que a existência de múltiplas ações foi devidamente pontuada no aresto e, implicitamente, considerada incapaz de refletir sobre o *quantum* indenizatório. A presença, nos autos, do ofício cuja expedição foi ordenada por outro Desembargador poderia ter influenciado na valoração do dano, em tese, mas não obrigatoriamente, pois o seu conteúdo refletia a posição do relator acerca dos critérios ponderáveis na apuração do *quantum debeat*, sem força vinculante em relação aos demais julgadores.

AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 401159-44.2018.8.24.0000, da comarca de São José 1ª Vara Cível em que é Autor Imperador Comércio de Calçados e Ltda e Alécio Valdemar Rosa.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar improcedente os pedidos formulados na inicial da Ação Rescisória, nos termos do voto do relator. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador André Luiz Dacol, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargador José Agenor de Aragão, Desembargador Selso de Oliveira, Desembargador Luiz César Medeiros (Presidente), Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Joel Figueira Júnior, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, Desembargador João Batista Góes Ulysséa, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Stanley Braga, Desembargadora Cláudia Lambert de Faria e Desembargador Rubens Schulz.

Florianópolis, 14 de novembro de 2018.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Imperador Comércio de Calçados Ltda. contra Alécio Valdemar Rosa, tendo por escopo a desconstituição do acórdão proferido pela eg. Primeira Câmara de Direito Civil, que desproveu o apelo interposto nos autos da “*ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais*” autuada sob o n. 0023105-53.2009.8.24.0064 (2013.031455-2), mantendo incólume a sentença de procedência dos pedidos iniciais.

Narra a parte autora, em síntese, que o ora requerido, Alécio, ajuizou ação indenizatória em seu desfavor visando declarar a inexistência de relação jurídica, bem como a reparação dos danos morais sofridos, haja vista a inscrição de seu nome junto ao SPC, levada a efeito com esquite no inadimplemento da nota promissória estampada à fl. 68 daqueles autos. Sustenta que o então autor alegou desconhecer a dívida e se disse vítima de fraude praticada por terceiros, juntando, inclusive, os documentos supostamente utilizados no propalado golpe. Salienta que a sentença julgou procedente a demanda e condenou-lhe ao pagamento de 50 (cinquenta) salários mínimos, fundamentada na ausência de impugnação suficiente dos fatos alegados na exordial, a despeito de suprimir a fase instrutória,

ocasião em que poderia provar a validade da referida nota promissória, bem como que realizou a consulta do nome do requerido junto ao sistema da CDL. Diz, por fim, que o édito singular foi mantido em grau recursal.

Uma vez contextualizado o feito, aponta os permissivos legais do art. 966, incisos III (dolo, simulação e colusão), V (violação à norma jurídica) e VIII (erro de fato) do CPC/15 como fundamentos da ação e discorre, destacadamente, sobre cada um deles.

De saída, diz que, apesar da alegação de fraude, os documentos utilizados pelo suposto fraudador estavam na posse do próprio autor (ora réu), o que revela seu possível dolo e colusão com aquele, simulando uma situação para ajuizar a ação, notadamente porque não foi registrado qualquer boletim de ocorrência ou incluído um alerta no SPC/Serasa dando conta do furto ou da clonagem dos seus documentos pessoais. Argumenta, inclusive, que o requerido estava desempregado à época, o que *“poderia ter levado o mesmo a simular toda a situação em plena colusão com o terceiro fraudador”*.

Defende, ainda, que o próprio consumidor deu causa à fraude (art. 14, §3º, I, do CDC), ao não tomar as medidas cabíveis quanto à notícia do furto de documentos, de modo a impedir que o estelionatário agisse. E, também, que a sentença, ao reconhecer a atuação de um terceiro fraudador, deixou de aplicar a excludente de ilicitude prevista no inciso no art. 14, §3º, II, do CDC, insistindo que tomou todas as cautelas possíveis, porém, o documento era perfeito e não havia condições técnicas de distinguir se verdadeiro ou falso. Aduz violados, pois, pelo aresto os referidos dispositivos de lei.

Diz, mais, que o acórdão majorou o valor da indenização, concedendo ao autor indenização de 50 (cinquenta) salários mínimos, maior do que aquela expressamente pleiteada na inicial, de R\$ 19.000,00, em afronta ao art. 460 do CPC/73 (art. 492 do CPC/15).

Aponta violação ao art. 398 do CPC/73 (art. 437, §1º, do CPC/15), eis que não teve vista de documentos novos juntados pela parte adversa, os quais davam conta do ajuizamento, pelo então autor, de inúmeras outras demandas sustentadas na mesma fraude, de modo que, tivesse conhecimento dos escritos oportunamente, teria quantificado os danos de forma diferenciada e conhecido o teor dos acórdãos proferido no julgamento das Apelações Cíveis n. 2012.0037.98-7 e n. 2012.039255-3, relatores os Des. Stanley da Silva Braga e Henry Petry Júnior, respectivamente. Assevera, nesse particular, que a decisão rescidenda afrontou o entendimento do próprio Tribunal acerca das demandas que foram ajuizadas pelo requerido à época, o que caracteriza violação à norma jurídica, na extensão que lhe confere o art. 966, V, do CPC/15, a justificar, também sob esse enfoque, a sua rescisão.

Diz que, nos autos do apelo de n. 2012.039255-3, o Des. Henry Goy Petry Júnior determinou fosse noticiada em todas as ações a existência de múltiplas demandas ajuizadas pelo mesmo autor, providência não cumprida nos autos da ação rescidenda, o que configura erro de fato, já que o relator, privado do seu conhecimento, manteve o valor da condenação originária em 50 (cinquenta) salários mínimos, quando os demais julgados reduziram o *quantum* a não mais do que R\$ 500,00, a bem de evitar-se enriquecimento ilícito.

Defende, enfim, a necessidade de que seja concedida a tutela provisória para sobrestamento do cumprimento da decisão rescidenda e, pugna, finalmente, pela procedência da ação.

Instado a comprovar o recolhimento do depósito inicial previsto no art. 968, II, do CPC (fl. 1.245), o autor atendeu ao comando, aditando, na mesma oportunidade, a petição inicial para fazer constar, dentre os pedidos iniciais, o pleito sucessivo de novo julgamento da ação (fls. 1.248/1.255).

Na sequência, analisou-se e deferiu-se, em parte, a tutela de urgência requestada, apenas para sobrestar o cumprimento do acórdão no que tange aos valores que superarem o montante de R\$ 19.000,00, acrescido dos consectários legais (fls. 1.257/1.260).

Contra essa decisão, o autor interpôs embargos declaratórios, os quais foram acolhidos, sem efeitos modificativos, nos termos da decisão monocrática de fls. 07/09 (autos dependentes em apenso, 4011059-44.2018/50000), esta, por seu turno, alvo de agravo interno, pendente de julgamento (autos dependentes em apenso, 4011059-44.2018/50001).

Citado (fls. 1.266/1.267), o réu deixou fluir em branco o prazo para contestar a ação, consoante certificado às fls. 1.269 destes autos digitais.

Intimado para dizer acerca do seu interesse na produção probatória, o autor manifestou-se às fls. 1.273/1.274, pugnando pela designação de audiência de instrução para a tomada dos depoimentos dos Desembargadores Henry Goy Petry Júnior, relator da apelação cível n. 2012.0037968-7, e Stanley da Silva Braga, relator da apelação cível n. 2012.039255-3.

Vieram os autos, enfim, conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

De saída, anoto que a ação comporta processamento, estando devidamente indicados, pelo autor, os permissivos legais que a fundamentam, bem como recolhidas as custas iniciais e o depósito prévio de que trata o art. 968, §2º, do CPC/15.

Noutro norte, pondero que a questão debatida nos autos é de fato e de direito e que a parte demandada deixou transcorrer *in albis* o prazo de resposta, devendo ser considerada revel nos termos do art. 344 do CPC. Anoto, ainda, que embora aluda à matéria de fato, a prova documental produzida basta à solução da lide, daí por que reputo cabível o julgamento antecipado do mérito, conforme autoriza o art. 355 da Lei Civil Adjetiva, *in verbis*:

“Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.”

Sobre o tema, lecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

I: 3. Desnecessidade de prova em audiência. O dispositivo sob análise autoriza o juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de

fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontrovertidos etc. (CPC 374).

II: 4. Efeitos da revelia. O texto anterior, do CPC/1973 330 II, falava impropriamente em ‘revelia’, querendo significar, em verdade, efeitos da revelia. Tanto isso é verdade que fazia referência expressa ao CPC/1973 319, que regulava os efeitos da revelia. O CPC corrigiu o erro, mencionando tanto a revelia como seus efeitos. A hipótese é espécie do gênero previsto no inciso anterior, porque o principal efeito da revelia é fazerem-se presumir verdadeiros os fatos afirmados na petição inicial. Assim, são fatos que não precisam ser provados em audiência, por expressa determinação do CPC 374 III (incontrovertidos) e IV (presunção de veracidade).” (In: Código de Processo Civil comentado. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.051, grifos no original).

No particular, impõe-se seja rejeitada a pretensão única formulada pela parte autora no que tange à instrução probatória (fls. 1.273/1.274), no sentido de que sejam colhidos os depoimentos dos Desembargadores Henry Goy Petry Júnior, relator da apelação cível n. 2012.0037968-7, e Stanley da Silva Braga, relator da apelação cível n. 2012.039255-3, ante o manifesto descabimento do pleito.

Isso porque a desejada prova é absolutamente inútil ao deslinde da ação, visto que, aquilo que os eminentes colegas consideraram essencial à solução de idêntica controvérsia consta de seus respectivos acórdãos, de modo que a prova documental supre, em tudo e para tudo, a oitiva dos julgadores.

A produção de provas, não se olvida, está embutida nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal. Todavia, o direito à ampla defesa e o acesso à Justiça não retira do magistrado, responsável pela direção do processo, a faculdade de indeferir provas inúteis, desnecessárias e protelatórias, desde que o faça motivadamente, primando não só pela razoável duração do processo, mas também pela entrega de uma prestação jurisdicional justa, precisa e eficaz. É o caso, claramente, daí por que, sem mais delongas, indefiro a produção da prova oral requestada e passo à análise do *merito causae*.

No caso em análise, a pretensão formulada na inicial está esteada no artigo 966, incisos III, V e VIII, do CPC/15, *in verbis*:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

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;

[...]

V - violar manifestamente norma jurídica;

[...]

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Quanto ao disposto no inciso III, a demandante alega, em resumo, a existência de dolo do réu no ato de interposição da ação indenizatória, justo que estaria na posse dos documentos alegadamente falsos e que teriam sido utilizados pelo terceiro fraudador.

O dolo rescisório, na lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, “*consiste na prática, pela parte vencedora, além das condutas vedadas pelo CPC 80, de ardis, maquinações e atividades enganosas em geral, capazes de subtrair da parte contrária o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e afastando o juiz de uma decisão de acordo com a verdade (Rizzi. Ação rescisória, 74/75)*” (in Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 1916).

No caso em análise, o pleito indenizatório formulado pelo agora acionado lastreou-se na tese de que ele não efetuou qualquer transação comercial com a ré e com as demais empresas que incluíram seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, e que teria tomado conhecimento de que “*terceiros, utilizando documentos falsos, com números idênticos ao seu, bem como também utilizando de Recibos de Pagamento de Salário falsos, foi o responsável pela transação junto à empresa Requerida*” (fls. 94/95).

A ora autora foi citada e apresentou alentada peça defensiva, não se inferindo dos autos de origem qualquer acusação de conduta dolosa por parte do ora réu, se não de modo absolutamente superficial.

A temática somente veio à lume quando da interposição de embargos declaratórios em recurso de apelação cível, ocasião em que, apesar da extemporaneidade, foi devidamente analisada pelo acórdão rescidendo:

“[...] e) Da alegação de obscuridade quanto ao fato de que o autor estava na posse de documentos falsos, a indicar que o demandante supostamente participou da fraude:

Descabida a alegação de obscuridade também no aspecto em comento, porquanto o assunto tema sequer foi objeto de discussão no apelo do embargante. Ademais, a posse de cópias dos documentos falsos não indicam, por si só, que o demandante tenha praticado algum ato ilícito, podendo ele livremente ter obtido os papéis em qualquer uma das muitas empresas em que o fraudador utilizou-os para obter vantagens indevidas.

Além do mais, tocava ao réu provar a má-fé do autor durante a instrução do feito, ônus do qual não se desincumbiu, a teor do art. 333, inciso II, do CPC.

Dessarte, rejeitam-se os embargos no quesito.

f) Da alegação de que o recorrido agiu de forma temerária e com culpa concorrente ao não informar a fraude aos órgãos protetivos do crédito e à polícia:

Quanto à assertiva em tela, até para os indivíduos mais diligentes emerge totalmente descabido procurar os órgãos de proteção creditícia e autoridades policiais para comunicar um ilícito sobre o qual o próprio prejudicado desconhece a existência. Evidentemente que o lesado, nestas hipóteses, só toma ciência dos fatos que lhe são prejudiciais após ocorrida a violação aos seus direitos.

Aliás, resta hialino nos autos que o demandante tomou as providências que entendeu cabíveis para obviar a fraude, em especial com a promoção de diversas ações judiciais visando à retirada de seu nome das listas de maus pagadores.

Por conseguinte, rechaçam-se os argumentos invocados”.

É dizer, a questão foi alvo de enfrentamento e, no bojo da presente rescisória, não se lastreia em qualquer argumento que já não tenha sido superado, a revelar o mero descontentamento da autora com relação à prestação jurisdicional entregue, que não guarda qualquer teratologia.

Com efeito, o só fato de o autor daquela demanda ter juntado cópia do documento utilizado pelo terceiro fraudador nem de longe representa algum ardil ou conluio de sua parte, máxime porque esclareceu, em réplica, que obteve os escritos junto a outra das empresas que, tal qual a autora, inscreveram o requerido no rol de maus pagadores por dívidas que ele não reconhece.

A circunstância de que se encontrava desempregado ao tempo dos fatos, convenhamos, não torna o requerido presumidamente criminoso, nem tem o condão de denotar a necessária existência da propalada simulação ou conluio, não passando a alegação de conjecturas da parte autora.

Desse modo, ausente prova incontestada quanto à colusão anunciada, mormente com a carga de convencimento necessária a promover a rescisão de uma decisão passada em julgado, é de ser refutado o primeiro dos três fundamentos sobre os quais se funda a presente ação. E, nem se diga que a afirmação encerra contradição com o julgamento do feito no estado em que se encontra, uma vez que foi oportunizado à parte autora especificar as provas que pretendia produzir, ocasião em que se limitou a pleitear pela oitiva de dois desembargadores que relataram ações semelhantes, o que, à toda evidencia, não teria o condão de comprovar o anunciado conluio.

Supera-se, pois, a temática alegada com espeque no permissivo legal do art. 966, III, do CPC.

Com relação à violação literal de normas jurídicas (inciso V), colhe-se da doutrina que *“a sentença que dá à lei interpretação divergente da que lhe tenha sido dada pela doutrina ou jurisprudência, não pode ser objeto de ação rescisória (STF 343). Somente a ofensa literal é que autoriza o pedido de rescisão. Lei tem aqui sentido amplo, seja de caráter material ou processual, abrangendo a CF, MedProv. DLeg, D. etc.”* (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado: e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª edição: revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 699, n. 16 ao art. 485).

A doutrina ensina, também, que a sentença que ofende literal disposição de lei 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)”* (THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 643).

Na hipótese, as violações às normas jurídicas alegadas não se enquadram nas definições suso referidas.

O art. 14, §3º, incisos I e II, do CDC, tido por violado, respectivamente, porque (I) houve culpa exclusiva da vítima pelos danos, na medida em que não tomou as medidas necessárias a evitar a fraude, bem como (II) porque não foi aplicada a excludente de ilicitude prevista no art. 14, §3º, inc. II, do CDC, que isenta o fornecedor de responsabilidade quanto ao fato exclusivo de terceiro, foi apreciado pontualmente no acórdão rescidendo.

O contido no inciso I, a culpa exclusiva da vítima, sob o enfoque de que não teria tomado as medidas necessárias para evitar a fraude, como o registro de boletim de ocorrência e sua informação aos órgãos de proteção ao crédito, jamais foi alegado pela ora autora como linha de defesa, sendo certo que lhe onerava o art. 300 do CPC/73, então vigente.

Ainda que assim não fosse, a decisão entregue, com relação a ambas as exceções legais à responsabilidade do fornecedor de serviços, compactua-se com aquela conferida pela jurisprudência dominante, inexistindo, uma vez mais, qualquer teratologia no *decisum*. Confira-se, a tanto, o seguinte excerto da colegiada deliberação:

“consoante entendimento jurisprudencial, o ato ilícito resta configurado com a inscrição do nome do devedor, em órgão de restrição creditícia, por débito inexistente ou decorrente de conduta fraudulenta de terceiro.

Na hipótese, **não se vislumbra qualquer elemento a revelar a existência de relação jurídica entre as partes, de molde a ensejar a dívida apontada pelo apelante**, bem como a autorizar o lançamento do nome do consumidor nos cadastros restritivos.

Diante da assertiva do autor no sentido de jamais ter existido avença entre as partes, incumbia ao réu colacionar elementos para derruir tal alegação. Todavia, em exame aos documentos de fls. 68/69, afere-se que estes não possuem o condão de comprovar uma relação jurídica vinculativa entre os litigantes, porquanto, sem necessidade de qualquer exame grafotécnico, **emerge visível que a assinatura aposta no título de fl. 68 não pertence ao autor da demanda, tornando patente a fraude ocorrida.**

Assim, porque **não se desincumbiu do ônus que lhe competia** - condição *sine qua non* para a inscrição do nome do autor nos órgãos protetivos - alternativa não havia ao juízo *a quo* senão declarar indevida a inscrição realizada pela recorrente às fls. 18/19.

[...]

O réu argumenta, ainda, que **agiu de boa-fé em todo o procedimento negocial**, pois, conforme afirmou às fls. 127/128 “*é praxe da Requerida, bem como, sem qualquer sombra de dúvida, da maioria dos estabelecimentos comerciais, quando realizam negócios jurídicos, como o ora em tela, requerer e realizar consultas dos órgãos cadastrais do comprador, tais quais, Carteira de Identidade original, Cadastro de Pessoa Física Original, Consulta dos Serviços de Restrição ao Crédito, etc., sendo que no presente caso, não houve qualquer restrição ao nome do Requerente, bem como, quando da apresentação do documento original do mesmo, foi conferida a autenticidade da assinatura. Caso assim não o fosse, o negócio jurídico jamais teria se perfectibilizado*”.

Porém, quando se visualizam os documentos de fls. 15/16 (cópias da identidade real do autor e de sua carteira de habilitação) e a procuração de fl. 12, percebe-se que os documentos verdadeiros do demandante possuem assinaturas que seguem uma mesma linha de semelhança, a qual destoa em muito da firma lançada no título de fl. 68. Exsurge visível, portanto, sem o menor esforço ou necessidade de prova pericial, que **a assinatura do negócio realizado pela apelante foi feita por outra pessoa, provavelmente um falsário que usou dados do autor**. Logo, inexistente qualquer ligação jurídica do demandante com a dívida embasadora da restrição creditícia. Ademais, **não comprovou o apelante diligência no contrato havido, pois deixou de manter em seus arquivos cópia de documento que identificasse o consumidor, circunstância que ajudaria no deslinde do caso.**

Ainda que admitida a realização da compra por terceiro - utilizando-se de dados pessoais falsificados do apelado, este vítima de estelionato -, **ante a teoria do risco, fica evidenciada a responsabilidade objetiva da empresa, que permitiu a contratação sem tomar as cautelas suficientes, deixando de realizar as providências efetivas para a apuração da veracidade das informações cadastrais que lhe foram fornecidas. Em decorrência de tal motivo, resulta incabível a excludente de responsabilidade civil pautada na boa-fé da apelante.**

Tem-se o entendimento desta Câmara de Justiça que “*para a caracterização da excludente de responsabilidade ‘culpa exclusiva de terceiro’, o dano não pode estar diretamente ligado ao exercício da atividade comercial do requerido, devendo ser imputado a fato externo, totalmente alheio ao negócio por ele desenvolvido. Assim, os prejuízos decorrentes da prática de estelionato por terceiro devem ser suportados pelo fornecedor, porquanto decorrente de um risco inerente à própria atividade de concessão de crédito explorada. Segundo a teoria do*

risco, que abriga a própria noção de responsabilidade objetiva inserta no Código de Defesa do Consumidor, quem aufere lucro com a atividade comercial deve igualmente assumir os riscos a ela inerentes” (AC n. 2007.007042-4, rel^a. Des^a. Subst. Denise Volpato, j. em 08.04.2011).

Dessarte, imperioso observar que a conduta desidiosa da empresa ré tornou totalmente indevida a inscrição do nome do autor no rol de maus pagadores, configurando-se em ato ilícito passível de indenização”.

Bem se vê, pois, que o entendimento, na oportunidade, assentado, considerou ausente prova suficiente quanto à veracidade da contratação, reconhecendo ser da ré o ônus de produzir tal prova, de modo que, embora sem alusão expressa (mesmo porque ausente alegação recursal, também expressa, nesse sentido), afastou qualquer possibilidade de reconhecer-se a culpa exclusiva da vítima.

Ainda, reputou negligente o comportamento da demandada no concernente à aferição de veracidade dos documentos, além de pontuar a incidência da teoria do risco, na espécie, o que afasta a excludente atinente ao fato exclusivo de terceiro, na exata medida em que reconhece o concurso do fornecedor para a conclusão da fraude.

Isto é, não houve, nem de longe, violação literal às normas jurídicas apontadas, mas interpretação delas à luz do que disciplinam outras regras de direito consumerista e, notadamente, das normas inerentes à distribuição ordinária do ônus da prova, de tal modo que se supera a alegada afronta ao art. 14, §2º, incisos I e II do CDC, pois violação não houve, mas descontentamento, puro e simples, com a decisão exarada.

Nesse particular, vale colacionar o seguinte excerto de julgado desta Corte, da lavra do atual decano da Corte, 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 Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público Julgado em: 13/10/2010 Classe: Ação Rescisória)

Na mesma direção:

“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 colegiadas, o que, por vias oblíquas, comprometeria a seriedade da função dos Tribunais, bem como atentaria contra a coisa julgada. (TJSC, Ação Rescisória n. 2009.066730-2, de Xanxerê, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 10-11-2010).

Com relação à alegada violação ao disposto no art. 492 do CPC (art. 460 do CPC/73), pela

condenação ao pagamento de indenização em valor superior ao pleiteado na petição inicial (R\$ 19.000,00), entendi, num primeiro momento, verossímil a alegação, mormente porque este Tribunal já reconheceu, em caso semelhante, a possibilidade de decote do excesso (TJSC, Ação Rescisória n. 2012.059443-2, de Blumenau, rel. Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 04-09-2014). Desse modo, concedi, neste particular, a tutela de urgência pleiteada para o fim de suspender a execução dos valores, naquilo que superava o pedido inicial (R\$ 19.000,00).

Sucedede que, em análise mais detida dos autos, constatei que a matéria foi apreciada pelo acórdão rescidendo, mais especificamente na decisão integrativa proferida nos embargos declaratórios opostos pela parte vencida (fls. 288/303), notadamente à vista da alegação expressa de nulidade absoluta da sentença porque *ultra petita*, devidamente reportada no relatório da decisão.

Na fundamentação do voto, por sua vez, asseverou o Relator, acompanhado pelos demais Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Civil, que:

“[...] b) Da alegação de sentença ‘ultra petita’:

Atinente ao fato de o autor pleitear, como indenização, o valor de R\$ 19.000,00 e o magistrado tê-la estabelecido em R\$ 31.100,00, esclareça-se que **não há mácula alguma neste aspecto.**

Consabido que **nas ações indenizatórias por dano moral, ainda que exista pedido em quantia determinada, a condenação em montante inferior ou superior ao pleiteado não acarreta sucumbência recíproca ou mesmo a prolação de sentença ultra petita. Com efeito, o valor indicado é meramente referencial, cabendo ao juiz fixar o quantum conforme o caso concreto, dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.**

O tema restou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 326: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”

Se a condenação aquém do pedido não acarreta sucumbência recíproca, cogente que na hipótese de ressarcimento superior inexistirá decisão ultra petita. A analogia e a equidade exigem tal solução.

Decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER, INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA RÉ. VERBA INDENIZATÓRIA. VALOR ARBITRADO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. [...] ÔNUS SUCUMBENCIAL. CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PLEITEADO NA INICIAL. AUSÊNCIA DE RECIPROCIDADE. QUANTIA PLEITEADA MERAMENTE ESTIMATIVA. PEDIDO SUCESSIVO. SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Nas ações que versem sobre responsabilidade civil por dano moral, o valor inserido na peça exordial é meramente estimativo, visto que o arbitramento da indenização é ato exclusivo e indelegável do juiz. RECURSO IMPROVIDO. (AC n. 2013.046733-4, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 12.09.2013). (Grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTO DE TÍTULOS QUITADOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS (CALÇADOS) PARA REVENDA. NÃO ENQUADRAMENTO DA AUTORA NO CONCEITO DE CONSUMIDORA FINAL. EXEGESE

DO ARTIGO 2º DO DIPLOMA CONSUMERISTA. ANÁLISE DO FEITO SOB O MANTO DA LEGISLAÇÃO CIVIL COMUM. RECURSO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DEMANDADA. ALEGAÇÃO DE MORA DA AUTORA COM RELAÇÃO AO SEGUNDO TÍTULO EM DECORRÊNCIA DA DEVOLUÇÃO PARCIAL DAS MERCADORIAS. PROTESTO DO VALOR TOTAL DO TÍTULO. ILÍCITO CONFIGURADO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL FACE AO CURTO LAPSO TEMPORAL DE PERMANÊNCIA DOS PROTESTOS. INSUBSISTÊNCIA. LAPSO TEMPORAL SUFICIENTE PARA CAUSAR MÁCULA AO NOME E À IMAGEM DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA AUTORA, A QUAL DEPENDE DA CONCESSÃO DE CRÉDITO PARA REGULAR FUNCIONAMENTO. DANO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 186 E 927, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PLEITO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NO PRIMEIRO GRAU EM R\$ 13.800,00 (TREZE MIL E OITOCENTOS REAIS). IMPOSSIBILIDADE. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM OBSERVÂNCIA DO CARÁTER PEDAGÓGICO E INIBIDOR ESSENCIAL A REPRIMENDA. QUANTUM PROPORCIONAL AO PERFIL ECONÔMICO DAS PARTES E A EXTENSÃO DO DANO À IDONEIDADE COMERCIAL E IMAGEM DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA AUTORA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. FIXAÇÃO DE VERBA INDENIZATÓRIA EM VALOR INFERIOR AO POSTULADO NA INICIAL. INACOLHIMENTO. SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS INTEGRALMENTE PELA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DEMANDADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AC n. 2008.004246-6, rel. Des. Denise Volpato, j. em 26.03.2013). (Grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL E ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO E PROTESTO INDEVIDOS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. I - NEGÓCIO JURÍDICO. REALIZAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA RÉ. ILÍCITO CARACTERIZADO. DANO MORAL PRESUMIDO, NA ESPÉCIE. II - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO OCORRÊNCIA. ABALO ANÍMICO. INDICAÇÃO MERAMENTE ESTIMATIVA. ENUNCIADO N. 326 DA SÚMULA DO STJ. III - QUANTUM INDENIZATÓRIO. FINS PEDAGÓGICO E INIBIDOR. MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. IV - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. GRATUIDADE. LIMITAÇÃO A 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. ADEQUAÇÃO EX OFFICIO. - SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS DA RÉ DESPROVIDO E ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Provados o protesto e a negativação, toca ao responsável o ônus de demonstrar a realização de negócio jurídico anterior e a dívida dele resultante. Não o fazendo, surge inexorável o dever de indenizar por presumido abalo moral. II - A indicação da verba indenizatória pretendida a título de danos morais é meramente estimativa, razão pela qual, na dicção do Enunciado n. 326 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o estabelecimento em quantia inferior não implica sucumbência recíproca. (AC n. 2010.029249-1, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 24.08.2010). (Grifou-se).

Não há que se falar em decisão ultra petita se o valor pleiteado na petição inicial a título de danos morais, por ser meramente estimativo, for inferior ao fixado na sentença, pois o Magistrado não está vinculado à quantia postulada, mas sim aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade na apuração do quantum indenizatório (art. 950 do Código Civil). (AC n. 2005.019556-2, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 29.05.2007). (Grifou-se).

Dessa forma, inexistem vícios no tópico a justificar a interposição do reclamo”.

Vale frisar, na espécie, que o aresto em análise é de outubro de 2014 e que a decisão proferida, justa ou injusta, amoldava-se ao entendimento jurisprudencial dominante, à época, acerca da temática em questão. Tanto assim, que inúmeras ementas foram citadas, a título de ilustração, na mencionada decisão.

Ainda, não se ignora que, atualmente, prepondera a conclusão de que os valores indicados à inicial, a título de indenização, vinculam, sim, o julgador. Ocorre que, nos termos da Súmula nº 343 do STF: *“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”*.

A correta leitura do verbete referido é no sentido de, justamente, vedar o manejo da rescisória, com espeque no permissivo do art. 966, V, do CPC, tendo em vista eventual mutabilidade da posição jurisprudencial, justamente porque tal compreensão desvirtua a natureza da *actio rescisoria*, transformando-a em verdadeiro *recurso de apelação com prazo de dois anos*. A orientação contida no referido enunciado sumular, portanto, prestigia a segurança jurídica e o instituto da coisa julgada, esta formada em tempo no qual se afigurava razoável o entendimento nela manifestado.

LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO ensinam:

“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, confirma 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).

Na jurisprudência, o entendimento não discrepa:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC/1973. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI FEDERAL AFASTADA NA ORIGEM. SÚMULA N. 343/STF. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência do STJ abriga o entendimento consolidado na Súmula n. 343 do STF, segundo o qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.
2. A ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC/1973, pressupõe violação frontal e direta de literal disposição de lei, de forma que seja possível extrair a ofensa legal do próprio conteúdo do julgado que se pretende rescindir.
3. Para concluir pela aplicabilidade do entendimento consolidado na nota n. 343 da Súmula do STF e aferir a

ocorrência da chamada “sentença rebelde” **deve ser considerada a data em que proferida a decisão rescindenda**, não se afigurando relevante o trânsito em julgado em momento ulterior, postergado em face da interposição de recursos excepcionais cujo julgamento não avançou sobre o mérito da controvérsia.

4. No caso concreto, **o acórdão rescindendo foi prolatado antes de o STJ firmar entendimento em sentido contrário ao de suas conclusões, adotando uma das interpretações possíveis para normas que, à época, eram objeto de interpretação controvertida nos tribunais. Incide, na espécie, o entendimento consolidado na Súmula n. 343 do STF.**

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1138798/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 28/09/2018, grifos meus)

Na mesma direção, também do STJ:

“(...) 1. A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo.

2. A pretensão dos autores de rediscutir matéria preclusa, mediante a revisão da decisão transitada, sob o argumento de que o acórdão rescindendo - ao julgar a modificação do índice de correção monetária das demonstrações financeiras, julgou sob o prisma constitucional -, violou disposições literais de lei, é transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais.

3. É cediço na Corte que “para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com prazo de interposição de dois anos”(REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004).

4. A doutrina encampa referido entendimento ao assentar, verbis: “(...) a causa de rescindibilidade reclama ‘violação’ à lei; por isso, ‘interpretar’ não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, caput: ‘A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória’. Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. (...)”. (AgRg no REsp 1.050.635/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 06.11.2008 - grifos meus).

Desse modo, a despeito da interpretação inicial, proferida em análise de cognição sumária, no sentido de que se afiguravam verossímeis as alegações autorais no tocante à prefalada ofensa do art. 460 do CPC/73 (art. 492 do CPC/15), é de ser revisto o posicionamento e revogada a liminar, porquanto a situação narrada, rigorosamente, refoge ao permissivo do art. 966, V, do CPC.

Ainda no âmbito do mencionado fundamento legal, agora concernente aos documentos juntados após a réplica, pondero que, apesar de não ter sido oportunizada a manifestação pela ré (ora autora), não se cogita a ocorrência de prejuízo. Ao menos não, com a conotação que lhe pretende atribuir a parte autora, no sentido de influenciar na quantificação da indenização arbitrada a título de dano moral.

Com efeito, a existência de outras negativas foi noticiada na peça de ingresso, não se tratando de fato novo. O ajuizamento de plúrimas ações daí decorrentes insere-se, perfeitamente, na atividade probante da ré, que poderia diligenciar em busca dessa informação junto ao sistema SAJ, mormente quando reputa que a circunstância pode influenciar os destinos da lide. Não o fez, contudo, e conquanto não tenha sido intimada tão logo juntada a documentação, o foi quanto à sentença, retirou os autos em carga e, na sequência, interpôs apelação, sede adequada ao levante da questão concernente à existência das inúmeras ações e onde nada foi alegado.

Suscitou o tema, não obstante, nos embargos de declaração opostos ao julgamento do recurso de apelo, ocasião em que recebeu a resposta buscada, mediante decisão, novamente, alheia a qualquer teratologia:

“[...] a) Do cerceamento de defesa:

Inicialmente, **tocante ao cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação para manifestação da ré sobre a juntada de documento**, ressalte-se que este tema não foi objeto de insurgência no momento de interposição do apelo (fls. 114/139), afigurando-se preclusa a matéria. Ademais, inexistente documento acostado à réplica, mas sim em petição, consistente na declaração da CDL com os dados cadastrais do autor (fls. 91/92). Todavia, **a juntada de tal documento dispensava qualquer pronunciamento do embargante, pois se tratam de informações das quais a própria loja sempre teve livre acesso perante os órgãos de proteção creditícia**.

Atente-se, ainda, que o acórdão e sentença não utilizaram o mencionado documento em suas fundamentações, por conseguinte a juntada não causou prejuízo algum ao embargante. Somente haveria cerceio de defesa se tal prova embasasse as decisões e ainda fosse contrária às pretensões da parte prejudicada; circunstâncias estas inexistentes nos autos.

Ad argumentandum tantum, cumpre frisar que vigora entre nós o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do CPC, o qual estatui: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

De sorte que, pelas provas coligidas ao processo, incensurável o entendimento do sentenciante em considerar que a manifestação do embargante quanto ao documento de fls. 91/92 não alteraria seu juízo de convicção acerca da matéria. Principalmente na hipótese em tela (dano moral por lançamento indevido nas listas de maus pagadores), em que os documentos carreados permitiram-lhe a verificação da realidade fática, prescindindo da produção de outras provas ou da manifestação da ré quanto à parte insignificante delas. Deveras, existiam elementos suficientes para formação do seu convencimento motivado, tornando irrelevante para o resultado da demanda o fato de a ré ter-se insurgido quanto ao teor de tais documentos, quando tal medida constituir-se-ia em conduta protelatória ao deslinde do feito”.

Não se cogita de literal ofensa ao art. 398 do CPC/73 (art. 437, §1º, do CPC), quando o órgão julgador entende que a manifestação da então ré sobre os escritos não teria o condão de modificar a conclusão do julgado, quanto mais porque, como disse, a existência de plúrimas ações decorrentes de semelhantes fatos, ajuizada pelo mesmo autor, insere-se no ônus probante da ré, que poderia ter

diligenciado na obtenção desse dado junto ao sistema SAJ, sobretudo se reputava que a circunstância influenciaria, se não no julgamento de procedência da lide, aos menos, na quantificação dos danos.

Valer-se da ausência de intimação dos documentos para, literalmente, “criar” uma violação literal à norma legal, quando o conteúdo dos escritos não revela informação supresa, já que a existência de outras inscrições foi anunciada na peça póstica, não permite, *concessa venia*, desconstituição da coisa julgada via rescisória, pois que tal hipótese não se amolda a quaisquer daquelas previstas no art. 966 do CPC.

Supera-se, pois, mais este argumento, alusivo à suposta violação ao art. 398 do CPC/73 (art. 437, §1º, do CPC/15).

No que concerne à alegada afronta ao entendimento do Tribunal para o caso, supostamente representado pelos julgamentos das apelações cíveis n. 2012.003798-7 e 2012.039255-3, vale dizer que “os paradigmas” apontados pelo autor, em verdade, não o são e não têm força vinculativa, o que afasta a alegação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, timbradas no art. 966 do CPC, que congrega rol fechado, taxativo.

De qualquer modo, impõe-se pontuar, apenas para que não passe em branco, que o julgado rescindendo, na essência, não contraria os mencionados precedentes, estando, ao revés, em total sintonia com eles, já que todos, pelos mesmos fundamentos, concluem pela responsabilização dos fornecedores/prestadores de serviço na hipótese do consumidor ser vítima de terceiro fraudador.

O dissenso reside, tão só, na valoração dos prejuízos em um ou outro julgado, sendo certo que a tarefa do julgador, nesse aspecto, contém elevada dose de subjetividade, como o tem o próprio abalo de ordem moral. Deve-se, não se duvida, atentar para os parâmetros comumente utilizados na Corte, quando do arbitramento de tal indenização para casos semelhantes, o que, nada obstante, não implica dizer que o valor fixado em determinado julgado tenha força vinculante em relação aos demais.

Feito o registro, fato é que a alegação de violação ao “entendimento do Tribunal”, diversamente do que sustenta a parte autora, não se sustenta, pois não há julgamento paradigmático a esse respeito, além do que não se enquadra no permissivo do art. 966, inciso V, do CPC/15.

Rigorosamente, portanto, não houve, sob nenhum dos aspectos alegados, a ofensa direta e literal dos dispositivos legais apontados, mas o descontentamento da parte autora com relação à prestação jurisdicional entregue, que entende merecesse interpretação sob ótica diversa. Tal circunstância, contudo, não lhe oportuniza a via rescisória, pena de ofensa injustificada à segurança no tráfego das relações.

A propósito:

“AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO 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, grifos meus)

Quanto ao alegado erro de fato (art. 966, inciso VIII), tendo em vista a não juntada, aos autos da ação rescindenda, do ofício que o Des. Henry Goy Petry Júnior ordenou fosse expedido e colacionado a todas as ações indenizatórias ajuizadas pelo mesmo autor, melhor razão não assiste à autora.

Rigorosamente, a circunstância de que existiam múltiplas ações não passou despercebida pelo órgão julgador, constando expressamente do acórdão que:

“(…) **em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário,** observa-se que as inscrições do autor, indicadas pelo réu por supostos débitos inadimplidos junto ao comércio local, foram objetos de ações judiciais (autos n. 064.08.018550-2 - Banco Fininvest S/A; autos n. 064.08.018551-0 - Banco Finasa S/A; autos n. 064.08.018553-7 - Itaú Leasing de Arrendamento Mercantil; autos n. 064.08.018548-0 - Credi - 21 Participações Ltda; autos n. 064.09.022301-6 - Brasil Telecom S.A.; autos n. 064.09.022299-0 - Hipercard Administradora de Cartões de Crédito Ltda.; autos n. 064.08.018552-9 - Bradesco Administradora de Cartões de Crédito S.A.; autos n. 064.09.023109-4 - Castelo Agro Comercial e Banco do Brasil S.A.; autos n. 064.09.023107-8 - Lojas Franco Giorgi; autos n. 064.09.023103-5 - Vivo Participações S/A; autos n. 064.09.022300-8 - Banco IBI S/A - Banco Múltiplo; e autos n. 064.10.011539-3 - Ativos S/A - Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros). Nos respectivos feitos, houve pleitos de declaração de inexistência de débito e condenação em danos morais decorrentes de fraude, cujos pedidos foram julgados procedentes ou realizado acordo com o pretenso credor (autos n. 064.08.018552-9).

Para o STJ, até por expressa disposição legal, o “*O erro de fato que autoriza a ação rescisória (art. 485, inciso IX, do CPC) é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato inconteste nos autos.*” (AgRg no AG n. 1346336-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/02/2014).

Na hipótese, não se verifica nem uma coisa, nem outra. Não houve fato inexistente considerado, nem fato inconteste nos autos desconsiderado, já que a existência de múltiplas ações foi devidamente pontuada no aresto e, implicitamente, considerada incapaz de refletir sobre o *quantum* indenizatório. E, a presença, nos autos, do ofício cuja expedição foi ordenada pelo Des. Petry poderia ter influenciado na valoração do dano, **em tese, mas não obrigatoriamente,** pois, como se disse, o seu conteúdo refletia a posição do relator acerca dos critérios ponderáveis na apuração do *quantum debeat*, sem força vinculante em relação aos demais.

Não fosse isso o bastante, a verdade é que a inexistência do ofício nos autos, só de si, afasta a hipótese do permissivo timbrado no art. 966, VIII, do CPC, **porquanto o “erro de fato” somente pode ser apurado a partir daquilo que efetivamente consta nos autos da ação rescidenda.**

Nesse sentido, 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.**

[...]

“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 ocorrera o fato por ele considerado inexistente,

(c) não pode ter havido controvérsia entre as parte, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato”. (Curso de Direito Processual Civil, Forense, vol. III, ed. 2016, p. 866 e 867)

Na hipótese, insisto, para além de não constar o indigitado ofício nos autos, o que afasta elucubrações em torno de equívoco interpretativo a seu respeito alegadamente encerrado pelo aresto rescidendo, a verdade é que não dependia disso a ponderação acerca da existência de outras ações e do risco de enriquecimento ilícito do então autor acaso mantido o valor fixado na sentença. A temática inseria-se no âmbito ordinário do ônus da prova, a reclamar da então ré e ora autora diligência nesse sentido, a qual, oportunamente, não adotou e, tenta, agora, trazer à lume a qualquer custo.

Além disso, a possibilidade, reitero, não se enquadra no permissivo do art. 966, VIII, do CPC/15, pois não houve erro de interpretação da prova produzida, mas ignorância consciente acerca de circunstância que, aos olhos da ora autora, deveria ter sido ponderada, mas que, para os julgadores, não teve o condão de verberar sobre o valor da indenização. Por outras e por melhores palavras, significa dizer que o apontado “erro de fato” não tem a relevância defendida pela autora para o julgamento da questão, pois mesmo que o ofício constasse dos autos, a conclusão do julgamento não necessariamente seria diferente.

Nesse passo, já se decidiu:

“DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO MANIFESTA A “NORMA JURÍDICA” E “ERRO DE FATO” (CPC/2015, ART. 966, INCS. V E VIII). INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 01. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida” (CPC, art. 966), entre outras hipóteses, quando: I) “violiar manifestamente norma jurídica” (inc. V); II) “for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” (inc. VIII). Se fundada no inc. V, a violação à lei deve ser “aberrante (AR nº 464/RJ, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/12/03), extravagante (AgRg na AR nº 1.882/SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19/12/03), direta e não deduzível

a partir de interpretações possíveis (EDcI na AR nº 720/PR, Relatora a Ministra Nancy Andriahi, DJ de 17/2/03), ultrapassar o limite do razoável e beirar o extravagante (AgRg na AR nº 1.854/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2/9/02)” (REsp n. 595.874, Min. Carlos Alberto Menezes Direito); **se fundada no inc. VIII, é imprescindível: “i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato” (AR n. 1.421, Min. Massami Uyeda).** 02. Não há “erro de fato” no acórdão se a tese em que fundada a pretensão do autor da ação rescisória foi minudentemente examinada na sentença e no acórdão. Eventual “injustiça” no exame da prova, no julgamento da causa e do recurso, não autoriza a rescisão do acórdão. (TJSC, Ação Rescisória n. 4010593-84.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 13-06-2018).

“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 rescindendo, 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. V (TJSC, Ação Rescisória n. 4015919-59.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 14-03-2018).

O que se percebe, pois, à luz de tudo quanto foi exposto, é que a ação rescisória não está calcada nos requisitos do art. 966 do CPC, visando, antes, a rediscussão com remodelagem de teses

já apreciadas e analisadas na decisão rescidenda, em sentido contrário aos interesses da ora autora. Busca uma análise subjetiva do que é justo e injusto, depois de esgotado o procedimento cabível e formada a coisa julgada, para o que não se presta, nada obstante, a específica e especialíssima via eleita, a recomendar que se preserve a coisa julgada, instituto inerente a princípio tão caro do ordenamento, que é a segurança jurídica.

Em arremate, as ponderações do Des. Newton Trisotto:

“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 contigente 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)

Ante o exposto, revogo a tutela de urgência parcialmente concedida e julgo improcedentes os pedidos iniciais da presente ação rescisória, aforada por Imperador Comércio de Calçados contra Alécio Valdemar Rosa.

Submeto a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, porém, deixo de fixar honorários, tendo em vista a ausência de defesa por parte do réu. A este, nada obstante, reverterá o depósito prévio de 5% do valor da causa, a título de multa, uma vez satisfeitos os requisitos timbrados no art. 974, parágrafo único, do CPC/15.

Por fim, julgo prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão provisória de concessão parcial da tutela de urgência reclamada.

É como penso. É como voto.

Ação Rescisória n. 0127208-02.2015.8.24.0000, de Criciúma

Relator: Des. Fernando Carioni

AÇÃO RESCISÓRIA. ÓBITO DO AUTOR NOTICIADO. DIREITO TRANSMISSÍVEL. DECISÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 313 DO CÓDIGO DE RITOS. COMANDO JUDICIAL QUE DETERMINA INTIMAÇÃO DO ESPÓLIO OU DOS HERDEIROS PARA HABILITAÇÃO. PRAZO CONCEDIDO TRANSCORRIDO *IN ALBIS*. EXTINÇÃO QUE SE RECONHECE. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. BENS IMÓVEIS. DIREITO REAL POR EXCELÊNCIA. LITISCONSORTE NECESSÁRIO ENTRE CÔNJUGES. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO. ART. 73, § 1º, DO CÓDIGO DE RITOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Constatado descumprimento do prazo ofertado para que os sucessores legais se habilitassem nos autos em substituição ao autor falecido, a extinção da ação sem resolução do mérito deve ser reconhecida por falta de pressupostos processuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0127208-02.2015.8.24.0000, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que são Autores José Manoel Borges e outro, e Réu Lúcio Imóveis Ltda.:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar extinta a Ação Rescisória, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso IV, do CPC/2015. Custas legais.

Presidiu a sessão, realizada no dia 10 de outubro de 2018, com voto, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, e dela participaram os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Figueira Júnior, Jairo Fernandes Gonçalves, Sebastião César Evangelista, Stanley Braga, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Newton Trisotto, Gerson Cherem II, José Agenor de Aragão e Selso de Oliveira.

Florianópolis, 15 de outubro de 2018.

Fernando Carioni

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória interposta por José Manoel Borges e outra em face de Lúcio Imóveis Ltda. em que se objetiva rescindir acórdão proferido pela Quinta Câmara de Direito Civil deste Tribunal que negou provimento ao recurso de Apelação n. 2012.039185-0, por eles manejados, e manteve a sentença proferida nos autos de ação reivindicatória cumulada com indenização por perdas e danos de indeferimento da reivindicação de posse sobre salas legalmente adquiridas e quitadas com consequente escrituração de compra e venda registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Requeru a concessão de assistência judiciária.

Juntou-se farta documentação (fls. 41-321)

A gratuidade da justiça foi concedida à fl. 323.

Devidamente citada, a empresa Lúcio Imóveis Ltda. apresentou contestação com arguição de preliminar de indeferimento da inicial e, no mérito, pela improcedência do pedido portal.

Juntou, também, farta documentação (fls. 341-680).

Réplica às fls. 720-726.

Despacho de indicação das provas a serem produzidas pelas partes (fl.734) com apresentação pelo réu às fls. 737-742 e autores às fls. 746-905.

Informação de falecimento do autor José Manoel Borges, conforme certidão de óbito juntado (fls. 908-909).

Suspensão dos autos e intimação do espólio ou dos herdeiros para habilitação, nos termos do art. 313 do CPC (fl. 910).

Este é o relatório.

VOTO

Há nos autos informação de que o autor José Manoel Borges veio a óbito em 2-1-2018, conforme dá-se conta certidão juntado às fls. 908-909.

Em face dessa informação foi determinado por este signatário a suspensão do processo para fins de habilitação dos herdeiros em vista de se tratar de direito transmissível, nos termos do art. 313 do CPC.

É do teor do despacho exarado, *verbis*:

Aporta aos autos certidão de óbito (fl. 908) do autor José Manoel Borges, ocorrido em 2-1-2018.

[...]

É que com a morte gera-se consequências jurídicas relevantes na ordem processual quanto na esfera material, razão pela qual deve o processo ser suspenso para fins de habilitação.

Nesses termos, suspendo o processo pelo prazo de 60 (sessenta) dias e determino a intimação do espólio ou dos herdeiros para que promovam a habilitação nos autos, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito (fl. 910).

Sabe-se que, nos casos em que há morte de uma das partes em litígio, comprovada via certidão de óbito e versando sobre direitos transmissíveis, se tem por obrigatória a suspensão do feito a fim de que o interessado promova a sucessão processual por meio de habilitação nos autos.

Dispõe o Código de Processo Civil, no seu art. 110:

Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º”.

Por sua vez, é o teor do mencionado artigo:

Art. 313. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;
[...]

§ 1º Na hipótese do inciso I, o juiz suspenderá o processo, nos termos do art. 689.

§ 2º Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte:

[...]

II - falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Constata-se que, devidamente publicado pronunciamento judicial (fl. 911), a parte autora deixou transcorrer o prazo sem cumprimento da diligência apontada, muito embora sabedor de que sua inércia desencadearia extinção do processo sem resolução do mérito.

Assim, em juízo de admissibilidade dos pressupostos processuais da ação, constatada a incapacidade processual ou a irregularidade na representação da parte, tem-se por bem julgar extinto o processo sem resolução de mérito.

É o que se abstrai do art. 76, § 1º, I, do CPC:

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

[...]

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor.

Destarte, não ocorrida a habilitação dos sucessores aos autos em substituição ao *de cujus*, ausente restou um dos sujeitos da relação processual, razão pela qual a extinção é medida que se impõe.

Aqui cabe um parênteses, ainda que tenha os autores ingressado com petição requerendo dilação do prazo para habilitação (fl. 913), o argumento lá constante apresentou-se desprovido de prova da veracidade, sem falar que a oferta de 60 (sessenta) dias encontra amparo na lei e era mais do que suficiente para o cumprimento do ato.

Nesse cenário, impõe-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, por falta de pressuposto de “*desenvolvimento válido e regular*” do processo (art. 485, IV, do Código de Ritos).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam:

Com a morte da parte, o processo se suspende (CPC 313 I e § 1º), para que seja feita a sucessão processual. Em se tratando de ação intransmissível, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito (CPC 485 IX); caso contrário, deverá ser providenciada a habilitação do espólio ou sucessores (CPC 687) (Comentários ao código de processo civil, RT, 2015, 1ª ed., p. 506).

Nessa linha de entendimento, colhe-se da jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INFORMAÇÃO DE FALECIMENTO DA PARTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO PARA SUBSTITUIÇÃO DO FALECIDO E REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. ART. 43 DO CPC. TRANSCURSO IN ALBIS. FINDO O PRAZO DE SUSPENSÃO PROCESSUAL E TRANSCORRIDO O LAPSO DE INTERPOSIÇÃO DE EVENTUAIS RECURSOS. EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. Verifica-se o transcurso do prazo concedido sem a manifestação dos sucessores legais o que acarreta a ausência de um dos sujeitos da relação processual. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ausência de habilitação dos sucessores determina o não conhecimento do recurso. 3. Agravo regimental não conhecido (STJ, AgRg no AREsp n. 589.310/BA, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 18-2-2016).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO EMBARGANTE. FALECIMENTO POSTERIOR DO RECORRENTE. INTIMAÇÃO DO INVENTARIANTE PARA PROCEDER À SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. FALTA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXEGESE DO ART. 313, § 2º, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO NÃO CONHECIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0016613-57.2007.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, j. em 23-4-2018).

Por fim, o aresto que se pretende rescisão dirime controvérsia travada em ação de reivindicação de posse sobre salas comerciais movida pelos cônjuges em flagrante litisconsorte necessário.

Tem-se, assim, como inadmissível o prosseguimento da ação em relação apenas ao cônjuge sobrevivente, por força do art. 73, § 1º, do CPC:

Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação: I – que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

Da jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. QUERELA NULITATIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AÇÃO REINVIDICATÓRIA. LITISCONSORTE NECESSÁRIO ENTRE CÔNJUGES. INEFICÁCIA DA SENTENÇA. HONORÁRIOS. A CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA É O DIREITO DE PROPRIEDADE, DIREITO REAL POR EXCELÊNCIA, O QUE EVIDENCIA A OBRIGATORIEDADE DE FORMAÇÃO DE UM LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIOS ENTRE OS CÔNJUGES (ART. 10, § 1º, INCISO I, CPC). DESCABE FALAR EM JULGAMENTO EXTRA PETITA, SE A INEFICÁCIA É O EFEITO

PREVISTO PELA LEI À SENTENÇA PROFERIDA SEM A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO (ART. 47, CPC) (TJDE, APL 370199520058070001, rel. Des. Sérgio Bittencourt, 4ª Turma Cível, j. em 7-4-2010).

Nesse contexto, não ocorrida habilitação dos sucessores em substituição ao autor José Manoel Borges, associada à obrigatoriedade de formação de litisconsorte necessário entre os cônjuges quando versado sobre direitos reais, é de ser extinta a presente ação rescisória sem resolução do mérito.

Pelo exposto, julgo extinto a presente ação rescisória, sem resolução do mérito, com supedâneo no art. 485, IV, do Código de Ritos.

Condena-se a parte autora arcar com as custas e os honorários advocatícios, esses na ordem de 10% sobre o valor da causa, mas com exigibilidade suspensa em decorrência da concessão da Justiça Gratuita ocorrida nos autos à fl. 323.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0034240-43.2009.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA DEMANDADA.

SUSCITADA A RETENÇÃO/INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS E A CONDENAÇÃO DOS AUTORES AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLEITOS FORMULADOS NO BOJO DA CONTESTAÇÃO. DESCABIMENTO. AÇÃO PETITÓRIA DESVESTIDA DE CARÁTER DÚPLICE. INVIABILIDADE DE DEDUÇÃO DE PEDIDO CONTRAPOSTO. PRETENSÕES QUE DEVERIAM TER SIDO AVIADAS POR MEIO DA COMPETENTE RECONVENÇÃO OU ATRAVÉS DE AÇÃO AUTÔNOMA. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.

A ação petitória de imissão na posse não ostenta caráter dúplice a viabilizar a formulação de pedido contraposto de ressarcimento de benfeitorias no bojo da contestação, devendo tal insurgência, em respeito ao princípio do devido processo legal, ser aviada através de reconvenção ou proposta por meio de ação autônoma, solução que também se aplica perfeitamente à pretensão relativa à indenização por danos morais.

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INSTITUTO PRÓPRIO DO DIREITO DAS SUCESSÕES. REGULAÇÃO PELA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL, APLICÁVEL POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL.

IMÓVEL DESTINADO À MORADIA DO CASAL POR MAIS DE TREZE ANOS. PROPRIEDADE DO *DE CUJUS*, GENITOR E GENRO DOS AUTORES. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE PELA VIA DA SUCESSÃO. PRERROGATIVA QUE NÃO SUPLANTA O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ASSEGURADO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. EXISTÊNCIA DE OUTRO IMÓVEL NO ACERVO PATRIMONIAL DA BENEFICIÁRIA. IRRELEVÂNCIA. INSTITUTO EM QUESTÃO QUE TEM O ESCOPO DE ASSEGURAR NÃO APENAS O DIREITO À MORADIA, MAS, TAMBÉM, A DIGNIDADE HUMANA E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR, TUTELANDO INCLUSIVE A RESIDÊNCIA FAMILIAR EM SEU ASPECTO AFETIVO. PRECEDENTES. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

- “(...) 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente.

3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente.

4. *O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. (...)* (STJ, REsp 1582178/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 11.09.2018).

ÔNUS SUCUMBENCIAIS ATRIBUÍDOS AOS AUTORES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS À LUZ DO ART. 85, § 2º, DO CPC, EM 10% DO VALOR DA CAUSA.

- “(...) a sucumbência é regida pela lei vigente à data da decisão que a impõe ou modifica. Precedentes. (...)” (STJ, AgInt no AREsp 1220453/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 14/05/2018).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0034240-43.2009.8.24.0038, da comarca de Joinville 5ª Vara Cível em que são Apelante Janice Terezinha Parise e Apelados Lígia Lopes e outros.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Gerson Cherem II e Desa. Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador Jorge Luiz Costa Beber

Relator

RELATÓRIO

Janice Terezinha Parise interpôs apelação cível contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na “ação de despejo c/c imissão de posse com pedido de tutela antecipada”, que lhe movem Lígia Lopes e outros, nos seguintes termos:

“(...) Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido dos autores (art. 269, I, CPC), pelo que:

- a) DECLARO ilegítima a posse do imóvel situado na Rua Aubé, n. 684, Bairro Boa Vista, nesta Cidade e Comarca de Joinville, exercida pela ré, Janice Terezinha Parise;
- b) AUTORIZO, por conseguinte, a efetiva imissão na posse do imóvel supracitado pelos autores Lígia Lopes e outros, uma vez que reconheço serem eles os legítimos proprietários da totalidade da coisa, em virtude da sucessão de Rolf Leo Güttschow e Iracema Sara Güttschow.

De modo a implementar o direito, após a irrecorribilidade da sentença, concedo o prazo de 30 (trinta) dias à requerida pra desocupação total do imóvel, sob pena de mandado de imissão forçada na posse em favor dos requerentes.

Condeno a demandada a pagar as custas processuais e os honorários de sucumbência ao patrono dos demandantes, que fixo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com supedâneo no art. 20, § 4º, do Código Buzaid. Todavia, em atenção ao petitório de fls. 233/234, corroborado pelos elementos colhidos nos autos, DEFIRO à ré o benefício da justiça gratuita, motivo pelo qual as verbas sucumbenciais a que restou condenada só serão exigíveis se, nos próximos 5 anos, ficar comprovado que a beneficiária passou a ter condições de honrá-las sem prejuízo do sustento próprio e/ou de sua família; caso contrário, a obrigação estará prescrita (art. 12 da Lei n. 1.060/50). (...)”. (fl. 530).

Alega, em resumo, que residia no imóvel objeto da lide há mais de 13 anos em razão da união

estável que mantinha com o falecido genitor e genro dos apelados, Rolf Leo Güttschow, esclarecendo que, embora o imóvel tenha sido adquirido com recursos exclusivos do companheiro, anteriormente à constituição do laço familiar, durante a sua vigência foram instituídas diversas benfeitorias oriundas do esforço comum do casal, tendo, pois, direito à indenização ou retenção de tais acréscimos.

Defende a possibilidade de suscitar a retenção/indenização das benfeitorias por meio de pedido contraposto formulado em contestação, porquanto tais pleitos guardam íntima relação com a pretensão deduzida na exordial, realçando que sua permanência no imóvel é medida impositiva, seja porque exerce a posse de boa-fé, seja porque milita em seu favor o direito real de habitação, seja, ainda, porque contribuiu para a concretização das benfeitorias.

Acresce, de outra parte, que o fato de o apartamento n. 301, localizado no Edifício Carvalho do Residencial Floresta, ter sido adquirido por meio de sub-rogação de recursos próprios não obsta o reconhecimento do direito real de habitação relativo ao bem em que residia com o *de cuius*, enfatizando, ainda, que o valor da locação do aludido imóvel constitui sua única fonte de renda.

Postula, outrossim, pela condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos morais diante dos transtornos causados pelas tentativas de retomar o imóvel.

Derradeira e sucessivamente, pleiteia a redução da verba honorária fixada na sentença.

Contrarrazões às fls. 553/577.

Na sequência, os autos alçaram a esta eg. Corte e, após redistribuição, vieram-me conclusos.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelo investe contra a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, determinando a imissão dos autores/apelados na posse do imóvel ocupado pela ré/apelante – localizado à Rua Aubé, n. 684, Bairro Boa Vista, Joinville/SC –, por serem seus legítimos proprietários, título adquirido em virtude da sucessão de Rolf Leo Güttschow e Iracema Sara Güttschow.

Estou provendo parcialmente o recurso.

De saída, destaco a inviabilidade do acatamento dos pleitos de retenção/indenização das benfeitorias e indenização por danos morais, suscitados pela apelante no bojo da contestação.

Isso porque deveriam ter sido propugnados através da competente reconvenção, meio próprio e imprescindível para o manejo de tal pretensão por quem é demandado em ação de imissão de posse, justo que a aludida demanda, como cediço, não possui natureza dúplice.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. NATUREZA PETITÓRIA. ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ANULAÇÃO REQUERIDA EM CONTESTAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA.

1. **A ação de imissão de posse é de natureza petitória e, por não possuir caráter dúplice, não admite a formulação de pedido contraposto em sede de contestação.**

2. O pedido de anulação do negócio jurídico celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, ao argumento de ocorrência de simulação, não constitui matéria passível de ser reconhecida quando alegada em contestação, cabendo a parte suscitar a questão em ação própria ou reconvenção.

3. Embargos infringentes conhecidos e não providos.” (Grifei - TJDF - Emb. Inf. 20000310079982 DF, 3ª Câm. Cív., Rel. Des. Nídia Corrêa Lima).

“APELAÇÃO. **AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE.** GRATUIDADE DE JUSTIÇA NA APELAÇÃO. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. **RESSARCIMENTO DE BENFEITORIAS. NECESSIDADE DE RECONVENÇÃO.** 1. A GRATUIDADE DE JUSTIÇA PODE SER DEFERIDA A QUALQUER TEMPO E EM QUALQUER GRAU DE JURISDIÇÃO. 2. A JUSTIÇA FEDERAL É ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE PARA JULGAR AÇÃO ENTRE P ARTICULARES, E A COMPETÊNCIA ABSOLUTA NÃO SE PRORROGA PELA CONEXÃO (CPC 102). 3. **O PEDIDO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS, EM AÇÃO PETITÓRIA DE IMISSÃO DE POSSE, DEVE SER FEITO EM RECONVENÇÃO E NÃO NA CONTESTAÇÃO.** 4. DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS RÉUS, PARA CONCEDER A GRATUIDADE DE JUSTIÇA.” (Grifei, TJDF - APL: 27456020098070003 DF 0002745-60.2009.807.0003, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 13/10/2010, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 22/10/2010, DJ-e Pág. 152)

“Imissão na posse. Pedido de indenização das benfeitorias. Contestação. Impossibilidade. **Ação petitória. Ausência de caráter dúplice. Indenização que deve ser buscada por via própria ou então que deveria ter sido feita em sede de reconvenção.** Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.” (Grifei - TJSP – Ap. Cív 91040816620088260000, 8ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho).

“APELAÇÃO CÍVEL - INEXISTÊNCIA DE CARÁTER DÚPLICE DA AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE - INDENIZAÇÃO BENFEITORIAS - RETENÇÃO - AÇÃO PRÓPRIA - POSSIBILIDADE.

Não tendo a ação de Imissão de Posse o caráter dúplice, deve o pedido de indenização de benfeitorias, bem como da possibilidade do exercício do direito de retenção, ser aviado em reconvenção ou ação própria.

O artigo 284 do CPC garante ao autor a possibilidade de emendar a inicial e somente se instado a fazê-lo e não o faz é que deverá ser indeferida a petição inicial.” (Grifei TJMG, Ap. Cív 376.124-6, da Comarca de UBERABA, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

“APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS. CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO PETITÓRIA. AUSÊNCIA DE CARÁTER DÚPLICE. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER BUSCADA POR VIA PRÓPRIA OU ENTÃO QUE DEVERIA TER SIDO FEITA EM SEDE DE RECONVENÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.**

Para que haja o caráter dúplice das ações possessórias é necessário também que a natureza possessória seja dúplice, ou seja, somente é possível em uma ação possessória, quando em sede de contestação o réu também formula pedido de caráter possessório. (Grifei - TJPR – Ap. Cív. 618.095-6, de Curitiba, 21ª. Vara Cível, Rel. Des. José Carlos Dalacqua).

“**AÇÃO IMISSÃO DE POSSE - PEDIDO DE CONDENAÇÃO FORMULADO PELO RÉU CONTRA O AUTOR NA CONTESTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PLEITO A SER FORMULADO EM SEDE DE RECONVENÇÃO.** A matéria de defesa a ser alegada em sede de ação de imissão de posse é restrita à matéria suscitada na inicial, não sendo cabível o pedido de condenação do autor sem a interposição de reconvenção.

A ação de imissão de posse é uma ação de natureza petítória, que segue o rito ordinário, não possuindo a característica dúplice das ações possessórias, não sendo possível, portanto, fazer pedido contraposto.” (Grifei - TJMG. Ap. Cív. 1.0543.06.500033-2/001, Rel. Des. Viçoso Rodrigues).

“IMISSÃO DE POSSE - CONTESTAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS - DIREITO DE RETENÇÃO - PRETENSÃO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL - AUSÊNCIA DE RECONVENÇÃO - RECURSO ADESIVO - COMODATO - EXTINÇÃO - EFEITOS DA MORA DO COMODATÁRIO - Imissão na posse. Ação de natureza petítória. Imóvel dado em comodato a parentes do proprietário. Morte do dono. Pretensão formulada pela viúva meeira, após regular notificação. Parte legítima e pressuposto evidenciados. Contestação. **Não tendo a ação caráter dúplice, eventuais pedidos de indenização e de retenção haviam de ser formulados em reconvenção.** Constituído em mora o comodatário, deve pagar o aluguel pelo atraso na restituição do bem. Desprovemento da apelação e provimento do recurso adesivo.” (Grifei - TJRJ - AC 3465/95 - (Reg. 061195)- São João de Meriti - 5ª C.Cív. - Rel. Des. Marcus Faver)

Na Corte Catarinense, do mesmo modo, há julgados afastando a possibilidade de pedido contraposto no âmbito das ações de natureza petítória:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. REQUISITOS PRESENTES. PRELIMINARES AFASTADAS. PERDAS E DANOS CONFIGURADA. **OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR. BENFEITORIAS.** DIREITO DE RETENÇÃO A SER EXERCIDO EM AÇÃO PRÓPRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. [...]

O direito de retenção por benfeitorias pode ser exercitado em ação própria se não requerido através de reconvenção. [...]” (Grifei - AC nº 2009.066862-7, de Içara, rel.: Des. Subst. Stanley da Silva Braga, j. 16/05/2013).

“APELAÇÕES CÍVEIS. SENTENÇA QUE DECIDIU PROCESSOS CONEXOS, ACOLHENDO A PRETENSÃO DEDUZIDA EM SEDE DE AÇÃO DE USUCAPIÃO, PROCLAMANDO, POR OUTRO LADO, A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO REIVINDICATÓRIA. POSSÍVEL INTERPOSIÇÃO DE INSURGÊNCIA INDIVIDUAL EM CADA UM DOS FEITOS, SEM CARACTERIZAR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. EXAME CONJUNTO, TODAVIA, DIANTE DA SIMILITUDE DOS ARGUMENTOS ELENCADOS EM CADA RECLAMO. ÁREA OBJETO DO LITÍGIO DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADA, ESTANDO IGUALMENTE COMPROVADAS A PROPRIEDADE, POR PARTE DOS APELANTES, BEM COMO A POSSE INJUSTA DOS APELADOS. USUCAPIÃO. AUSÊNCIA DE EFICAZ DEMONSTRAÇÃO DA OCUPAÇÃO NAS CONDIÇÕES, E PELO TEMPO NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. DOCUMENTOS E PROVA ORAL INSUFICIENTES PARA EMBASAR DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO, MORMENTE DIANTE DA EXISTÊNCIA DE VERSÕES CONFLITANTES APRESENTADAS PELAS TESTEMUNHAS. **IMPOSITIVA IMISSÃO NA POSSE. PRESSUPOSTOS DO ART. 1.228 DO CÓDIGO CIVIL ATENDIDOS.** CONDENAÇÃO DOS APELADOS AO PAGAMENTO DE ALUGUERES PELA OCUPAÇÃO ILEGAL, DESDE A NOTIFICAÇÃO JUDICIAL ATÉ A EFETIVA DESOCUPAÇÃO, A SEREM APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. **DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO ESPECÍFICO EM SEDE DE RECONVENÇÃO. INVIABILIDADE DE APRECIACÃO DO PLEITO.** INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (Grifos meus, TJSC, Apelação Cível n. 2012.080594-0, de Ascurra, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 27-02-2014).

Ainda, de minha relatoria:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE CUMULADA COM PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES.

(...) **PEDIDO DE RESSARCIMENTO DAS BENFEITORIAS FORMULADO EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. AÇÃO PETITÓRIA DESVESTIDA DE CARÁTER DÚPLICE. INVIABILIDADE DO PLEITO CONTRAPOSTO. RECONVENÇÃO NÃO AVIADA. PRECEDENTES.** (...). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.037832-2, de Itajaí, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 30-07-2015 – grifos meus).

Noutro norte, para bem encaminhar o debate, esclareço ser incontroverso que o imóvel objeto da lide pertence as apeladas Lígia, Laura e Rosana – e de seus cônjuges Renato e Eduardo –, por direito sucessório decorrente do falecimento de seus genitores, Iracema e Rolf, conforme explanado na sentença objurgada:

“(...) As requerentes são proprietárias, de pleno direito, da metade ideal do imóvel sob litígio por sucessão de sua mãe, Sra. Iracema ara Güttschow, aperfeiçoada no formal de partilha de fls. 42/46, datado de 26/11/1998.

(...) a descrição do imóvel partilhado no inventário da Sra. Iracema é a mesma da coisa objeto desta lide, qual seja, aquele bem atualmente registrado sob o n. 16.501 do Livro 3/L de Transcrição das Transmissões do 1º Ofício do Registro de Imóveis de Joinville, único detalhe que, por lapso, foi omitido no formal.

Aliás, as certidões consignam que o novo registro de n. 16.501 do Livro 3/L corresponde à transmissão do imóvel ocorrida em 09/09/1954, em que figuraram como adquirente Rolf Lei Güttschow, e como alienantes Carlos Kiesewetter, Ida Richli Kiesewetter e Rachel Richlin. Aqui, portanto, assenta-se a data da aquisição do imóvel por Rolf, antes mesmo de casar-se com a mãe das herdeiras, Iracema, e 41 anos antes de constituir união estável com a ré, Janice, prova cabal de que o bem (na verdade a metade ideal ainda pertencente a Rolf) não pode ser objeto de partilha com a demandada, por ser patrimônio exclusivo do companheiro varão, *ex vi* do art. 1.659, I *c/c* art. 1.790, *caput*, ambos do CPC.

(...) Outrossim, é bom lembrar que o *de cuius*, quando do início da união estável (ano de 1995), contava com 68 anos de idade. Naquela época, vigia o Código Civil de 1916, que em seu art. 258, parágrafo único, II, estabelecia como obrigatório o regime de separação de bens para o casamento contraído por homem maior de sessenta anos, matéria essa de ordem pública, que deve ser observada por análoga, também na união estável. A separação de bens é, portanto, outra razão para a cisão entre o patrimônio do genitor das autoras e o da ré, regra tal a ser aplicada tanto sobre os bens que cada companheiro trouxe da vida anterior quanto sobre os que vieram a adquirir na constância da relação estável.

Uma vez estabelecida a legitimidade do direito de propriedade dos autores sobre a totalidade do imóvel da Rua Aubé, n. 684, Bairro Boa Vista – decorrente da herança das demandantes viragos -, resta apreciar o aventado direito real de habitação da ré (...). (fls. 51/52).

Vale ressaltar que a apelante sequer confronta a propriedade das apeladas, tendo inclusive assentado, na peça recursal, que o “imóvel fora adquirido pelo companheiro antes da união estável” (fl. 535), recaindo a controvérsia tão somente sobre o ressarcimento das benfeitorias – questão já superada – e o direito real de habitação.

Tocante ao direito real de habitação, destaco que, sendo instituto próprio do direito das sucessões, sua análise deve ser norteadada pela legislação vigente à época da abertura da sucessão, na espécie, o Código Civil de 2002, já que o companheiro da apelante e pai das apeladas, Rolf Leo Güttschow, faleceu em 03.07.2009, conforme se infere da certidão de óbito que repousa à fl. 38.

A propósito:

“O direito real de habitação, instituído causa mortis, seja na vigência do Código Civil de 1916 (§ 2º do artigo 1.611), ou sob a égide da atual lei substantiva civil (artigo 1.831), ainda que com contornos bem diversificados, sempre foi compreendido como direito sucessório, a considerar o Livro em que inseridas as correspondentes disposições legais - Do Direito das Sucessões. Sob esse prisma, a sucessão, assim como a legitimação para suceder, é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura daquela, ou seja, por ocasião do evento morte do autor da herança.” (STJ, REsp n. 1125901/RS, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 20-6-2013).

Desse modo, o direito real de habitação perseguido pela apelante deve ser compreendido à luz do disposto no art. 1.831 do Código Civil, que preconiza:

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, **o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.**”

Vale ressaltar que embora tal dispositivo faça referência apenas ao casamento, é perfeitamente extensível à união estável, conforme entendimento sufragado pela c. Corte da Cidadania em aresto da lavra do eminente Min. Luis Felipe Salomão:

“DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. **SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

1. O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando, assim, as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Portanto, é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo.

2. **É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal.**

3. **A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. (...)** (REsp 1.249.227/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17.12.2013 - Informativo n. 495, grifos meus).

No mesmo sentido:

“DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. **SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

1. **É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes.**

2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável. (...)” (REsp n. 1.203.144/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27.05.2014, grifos meus).

Da doutrina, retiro a lição de SILVIO DE SALVO VENOSA:

“(...) O intuito foi assegurar um teto ao viúvo ou viúva, se houver um único imóvel residencial na herança. Poderiam os herdeiros, na ausência desse dispositivo, não só entrar na posse direta do bem, como aliená-lo, deixando o pau ou a mãe ao desabrigo.

(...) a Lei nº 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. Esse direito foi incluído na referida lei em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito real de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se em paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo atual Código no art. 1.831. Não somente essa disposição persiste na lei antiga, como também, a nosso ver, a conceituação do art. 5º, que diz respeito aos bens móveis e imóveis que passam a pertencer aos conviventes no curso da união estável. (...)”. (In: Direito civil: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 135 e 151/152 – grifos meus).

Transcrevo, ainda, o Enunciado n. 117 da I Jornada de Direito Civil:

“Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.”

Analisando-se o direito real à luz do art. 1.831 do Código Civil de 2002, é preciso reconhecer, como apontado na sentença, que tal dispositivo conferiu ao instituto roupagem diversa daquela prevista no art. 7º da Lei n. 9.278/1996, que regulava a união estável, vinculando tal prerrogativa à existência de um único imóvel residencial a inventariar.

Exatamente com amparo nessa premissa, o togado singular afastou a pretensão da companheira sobrevivente ao considerar que é proprietária de outro imóvel passível de prover-lhe o direito à moradia, consoante se extrai da seguinte passagem:

(...) Apesar das longas discussões nos autos a respeito desses bens, com juntada de inúmeros documentos, exceto o principal (certidão da matrícula no CRI relativa a cada bem), em cujo mérito não se faz necessário ingressar, restou incontroverso que a requerida é dona do apartamento n. 301 do Edifício Residencial Floresta, situado na Av. Antônio Ramos Alvim, Bairro Floresta, neste Município de Joinville, o que foi por ela mesma reconhecido em sua contestação, às fls. 121/122, quando declarou ter adquirido tal imóvel parte pela sub-rogação do preço auferido na venda da casa localizada na Rua Vitória, n. 398, Bairro Boa Vista, também neta urbe, e parte pela renda advinda da própria locação do apartamento comprado.

Assim sendo, dado que a ré é titular de imóvel estranho à lide, disponível para moradia, a posse da coisa aqui litigada a que faria jus, forte no direito real de habitação estampado no art. 1.831 do CC, deve ceder lugar à imissão na posse dos herdeiros, decorrente do domínio por eles titularizado, caindo por terra a proteção

garantida pelo Código Civil ao companheiro supérstite, justamente pela dissonância da situação concreta com a *mens legis*. (...). (fls. 528/529).

Com as vênias outorgadas ao entendimento do culto e operoso magistrado singular, estimo que a existência de mais de um imóvel no acervo patrimonial da companheira sobrevivente não impede, só de si, o reconhecimento do direito real de habitação, porquanto o art. 1.831 do Código Civil, aplicável por analogia, **não deixa dúvidas de que o imóvel deve ser o único a inventariar, e não o único de sua propriedade.**

Demais disso, a norma em questão encontra fundamento não apenas no direito à moradia, mas, também, **na própria dignidade humana e no princípio da solidariedade familiar à medida que tutela o direito do cônjuge/companheiro sobrevivente permanecer na propriedade que serviu à residência do casal, assegurando inclusive o seu aspecto afetivo.**

A propósito, transcrevo ementa de recente julgado da relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, integrante da Terceira Turma do c. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. IRRELEVÂNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. **Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente.**

3. **Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente.**

4. **O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar.**

5. Recurso especial não provido.” (REsp 1582178/RJ, j. 11.09.2018 – grifos meus).

Por oportuno, extraio os seguintes fundamentos do corpo do acórdão:

“(…) Com efeito, da leitura dos dispositivos legais relacionados com a matéria, nota-se que a única condição que o legislador impôs para garantia do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação é que o imóvel destinado à residência do casal fosse o único daquela natureza a inventariar.

Nenhum dos mencionados dispositivos legais impõe como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge sobrevivente.

Não é por outro motivo que a Quarta Turma, debruçando-se sobre controvérsia semelhante àquela ora em exame, entendeu que o direito real de habitação é conferido por lei, independentemente de o cônjuge ou companheiro sobrevivente ser proprietário de outros imóveis.

(...) A parte final do artigo 1.831 faz referência tão somente à necessidade de que o imóvel seja “o único daquela natureza a inventariar”, ou seja, que dentro do acervo hereditário deixado pelo falecido não existam múltiplos imóveis destinados a fins residenciais.

Ademais, nota-se que **até mesmo essa exigência legal - inexistência de outros bens imóveis residenciais no acervo hereditário - é amplamente controvertida em sede doutrinária. Daí porque esta Corte, em pelo menos uma oportunidade, já afastou a literalidade de tal regra**, consoante se observa do seguinte julgado unânime proferido por esta Turma:

“UNIÃO ESTÁVEL. 1) **DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE, NA RESIDÊNCIA EM QUE VIVIA O CASAL. EXISTÊNCIA DE OUTRO IMÓVEL RESIDENCIAL QUE NÃO EXCLUI ESSE DIREITO.** 2) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. 3) RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1.- **O direito real de habitação, assegurado, devido à união estável, ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 7º da Lei 9287/96, incide, relativamente ao imóvel em que residia o casal, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar.** (...)”. (REsp 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012 - grifou-se)

Não é outra a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“(...) O cônjuge e o companheiro têm direito real de habitação referente ao imóvel em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo excluir do uso do bem os descendentes e ascendentes do falecido que porventura se tornarem seus condôminos, a menos que também já morassem no local. Desse modo, **independentemente de existirem ou não outros imóveis na herança, o cônjuge ou companheiro do falecido tem o direito de usar aquele em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo ademais excluir desse uso os descendentes e ascendentes que se tornaram seus condôminos, a menos que também já residissem no local**”. (Curso de direito civil. v. 5. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 270 - grifou-se)

Com efeito, o objetivo da lei é permitir que o cônjuge sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar.

Além disso, a norma protetiva é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar que tutela o interesse mínimo de pessoa que, em regra, já se encontra em idade avançada e vive momento de incontestável abalo resultante da perda do consorte.

(...) **Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, deve ser mantido o acórdão recorrido que considerou irrelevante a averiguação acerca da existência de bens próprios no patrimônio da ré para fins de ser assegurado o direito real de habitação.** (...)”. (grifos meus).

Realço, por oportuno, que em momento anterior ao aludido precedente me pronunciei a respeito do assunto, **adotando exatamente a mesma linha intelectual**, consoante se infere da ementa do voto proferido nos autos da Apelação Cível n. 0023100-10.2006.8.24.0008:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO ESPÓLIO AUTOR. BEM IMÓVEL OCUPADO PELA RÉ NA CONDIÇÃO DE COMPANHEIRA SOBREVIVENTE DO DE CUJUS. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. ÚNICO IMÓVEL INDICADO NO INVENTÁRIO. BEM DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO AUTOR DA HERANÇA E QUE SERVIA DE RESIDÊNCIA

AO CASAL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL, APLICÁVEL POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. **EXISTÊNCIA DE OUTROS IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DA COMPANHEIRA SUPÉRSTITE, REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E IDADE AVANÇADA DA ÚNICA HERDEIRA QUE NÃO ALTERAM O DIREITO QUE ASSISTE À APELADA. SENTENÇA ESCORREITA.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Segunda Câmara de Direito Civil, j. 20-10-2016 – grifos meus).

No mesmo norte, anoto os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO INTERNO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.

I - Cabível o direito real de habitação, porquanto demonstrado que o imóvel servira de moradia para o casal no período em que mantiveram a união estável, ocupado ainda atualmente pela ex-convincente, ou seja, há mais de 20 anos. II - Hipótese em que a existência de outro imóvel na cidade de Três Passos não afasta, por si só, a pretensão, devendo ser analisado o conjunto probatório dos autos. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.” (Agravado, Nº 70078147667, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em : 24-07-2018 – sublinhei)

“APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. O direito real de habitação é deferido ao companheiro independentemente de qualquer condição pessoal, social ou econômica, e ainda que possua outros imóveis, pois a única limitação legal para o exercício desse direito é que poderá ser exercido apenas ‘enquanto durar a viuvez’. (...)” (Apelação Cível Nº 70069139277, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 29/06/2016, sublinhei).

Nesse cenário, estimo que o fato de a apelante ser proprietária de outro imóvel não impede que se reconheça o direito real de habitação em seu favor sobre o bem que servia de residência ao casal, mormente se considerarmos que nele estabeleceram moradia **por mais de 13 anos**, como anunciado no recurso, lapso suficiente para criar um vínculo mais que meramente físico com a propriedade.

Não passa ao largo que, no âmbito do Recurso Especial n. 1.134.387/SP, a eminente Min.^a Nancy Andrighi reconheceu que o direito real de habitação sucumbe ao direito de propriedade dos filhos exclusivos do *de cujus*, adquirido pela via sucessória – o que poderia ser cogitado na hipótese dos autos.

Segundo a insigne ministra, “(...) os filhos de anterior relacionamento do *de cujus*, primeiro, não guardam nenhum tipo de solidariedade em relação ao cônjuge supérstite, pois não têm com este vínculos de parentalidade e, segundo, podem ter idade similar à do habitador, hipótese em que o direito de propriedade que possuem, talvez nunca venha a ser exercido. Daí vem a assertiva de que é forçoso circunscrever este direito real aos lindes da família tradicional, aqui definida como aquela em que a prole tenha ancestralidade comum. É dizer, apenas entre pais e filhos vige o direito real de habitação, *ope legis*. (...)”.

Sucedo que tal entendimento restou isolado na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo prevalecido o posicionamento dos Ministros Sidnei Beneti, acompanhado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, e Paulo de Tarso Sanseverino, de cujos votos-vista extraio os seguintes fundamentos:

“(...) O Voto da E. Ministra Relatora extravasa as alegações das partes, frustrando a oportunidade de contraditório

da parte contrária, de modo que, a rigor, vai além da matéria pré-questionada pelo prévio contraditório.

Ademais, a distinção entre casos de direito de habitação relativos a “famílias com verticalidade homogêneas” não está na lei, que, se o desejasse, teria distinguido, o que não fez, de modo que realmente pretendeu, o texto legal, amparar o cônjuge supérstite que reside no imóvel do casa (no caso, modesta casa situada no interior, já tendo sido, nas alegações da parte contrária, transferido todo o patrimônio do “de cujus” à anterior esposa e às ora recorrentes, quando da separação).

Note-se que mesmo o novo Código Civil, que, se esse fosse o sentir da sociedade, por intermédio do Poder Legislativo, e sob a mesma Constituição que ora se aplica, poderia haver alterado o regramento da matéria, mas se limitou, no art. 1.831, na essência, a repetir o texto do Código Civil de 1916: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao impossível destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

4.- Anote-se, ademais, que o arrimo da interpretação jurídica estabilizada a respeito do direito de habitação, vem-se construindo todo o arcabouço relativo às novas relações familiares, via união estável (...)

5.- É certo que doutrinadores de respeito, lembrados pelo voto da E. Relatora, propugnaram por interpretação diversa (LUCIANO LOPES PASSARELLI, “O Direito real de habitação no direitos das sucessões”, em Revista de Direito Imobiliário nº 59).

Mas as observações centrais do escrito doutrinário em causa, em primeiro lugar não têm o condão de alterar o texto de lei (muito menos retroativamente, pois, no caso, é aplicada a disposição do Código Civil de 1916), e, em segundo lugar, como se vê da própria citação, preocupou-se, o escrito, com situação que envolve menores, de que aqui absolutamente não se cogita, ainda que fosse envolver pessoa portadora de necessidades especiais, evidenciando, na verdade, influência de alguma questão concreta, quicá submetida ao exame opinativo, ensejando posicionamento em apoio a solução individual, de que **não se deve, pena de invadir a esfera legislativa, extrair orientação contra-legend e contrária à jurisprudência de há muito tranquilizada – o que sem dúvida viria a trazer a cizânia à convivência social relativamente à delicada matéria.** (...)” (Voto-Vista exarado pelo Min. Sidnei Beneti).

“(...) O instituto do direito real de habitação secularizou-se com um enunciado normativo que pretende resguardar a moradia do cônjuge/companheiro supérstite.

Compreendo a preocupação da Ministra Nancy, estampada em seu sempre bem fundamentado voto.

No entanto, **a jurisprudência desta Corte, quando se viu chamada a interpretar os enunciados normativos dos arts. art. 1.611, §2º, do CC/16, e 1.831 do CC/02 sobrelevou, no mais das vezes, o interesse do cônjuge ou companheiro supérstite, e tão-somente este, pois assim o diz a lei.**

(...) Note-se que a evolução jurisprudencial na interpretação dessas normas, em face do direito por elas resguardado, não foi exclusiva, mas inclusiva.

O legislador, da mesma forma, acedeu a esse ritmo, incrementando as hipóteses de direito real de habitação por força de lei, já que, no Código Civil de 16, a partir de 1964, estava ele circunscrito aos cônjuges, e apenas a estes, casados em comunhão universal, e tão-somente sob esse regime, estendendo a quaisquer regimes de casamento, às uniões estáveis (Lei 9.278/96), bem como dilatando o seu termo final, comprometido com a preservação do valor imanente à norma, que é a proteção da habitação do cônjuge ou companheiro que remanesce.

Limitar-se o cabimento do direito real de habitação às famílias em que a prole tenha ancestralidade comum, quando a lei elege como requisito principal e determinante para o nascimento do direito: a) a situação jurídica de cônjuge/companheiro e b) o fato de este residir, quando do passamento, no imóvel (único),

desafiaria, como bem registrou o Min. Beneti, a linha interpretativa até então impressa por essa Corte, fragilizando os fundamentos centrais pelos quais se instituiu esse direito, quais sejam, a solidariedade, a mútua assistência e a dignidade da pessoa humana, sob a faceta do direito constitucional à moradia. (...).
(Voto-Vista proferido pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino – grifos meus).

Diante de tal cenário, sem embargo do judicioso édito proferido pelo digno Juiz Maurício Cavallazzi Póvoas, **seguindo a linha intelectual à qual já perfilhava, agora amparada por recente precedente da Corte Superior**, estou em reconhecer o direito real de habitação em benefício da companheira supérstite relativamente ao imóvel localizado à Rua Aubé, n. 684, bairro Boa Vista, Município de Joinville, sobretudo em atenção ao direito fundamental à moradia e aos postulados da dignidade humana e da solidariedade familiar contidos na essência da norma insculpida no art. 1.831 do Código Civil, sendo irrelevante, a meu sentir, a existência de outro imóvel no acervo patrimonial da apelante.

À luz do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para reconhecer o direito real de habitação em benefício da demandada/apelante no tocante ao imóvel litigioso.

Frente à solução que ora se alvitra, condeno os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, impendendo ressaltar que, embora a sentença tenha sido proferida à luz da legislação processual pretérita, “(...) *a sucumbência é regida pela lei vigente à data da decisão que a impõe ou modifica. (...)*” (AgInt no AREsp 1220453/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 08.05.2018 - sublinhei).

É como voto.

Agravo de Instrumento n. 4027028-18.2018.8.24.0900, da Capital

Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa Beber

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE DE URGÊNCIA. ARROLAMENTO E INDISPONIBILIDADE DE BENS. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA E ALIMENTOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE, EM RECONSIDERAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ANTERIOR, REDUZ “ALIMENTOS HÍBRIDOS” DE 15 PARA 5 SALÁRIOS MÍNIMOS E DEFERE BLOQUEIO E ARROLAMENTO DE PARTE DOS BENS LISTADOS À INICIAL, DO SALDO BANCÁRIO EXISTENTE EM NOME DO RÉU, BEM COMO DE VEÍCULOS QUE ESTEJAM EM SEU NOME. RECURSO DO DEMANDADO.

DISSENSO QUANTO À EXTENSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL MANTIDA ENTRE OS LITIGANTES. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTE, NESTE INCIPIENTE ESTÁGIO PROCESSUAL, CAPAZ DE SUSTENTAR QUAISQUER DAS VERSÕES DEFENDIDAS PELAS PARTES. VEROSSIMILHANÇA MAIOR DAS ALEGAÇÕES DO RÉU, À VISTA DA EXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTOS LEGAIS PARA A CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM MOMENTO ANTERIOR À SUA SEPARAÇÃO FÁTICA OU JUDICIAL. REVOGAÇÃO DE TESTAMENTO, EM 2011, QUE PODE INDICAR, EMBORA NÃO NECESSARIAMENTE, O MOMENTO DA RUPTURA DA RELAÇÃO. NECESSIDADE IMPRESCINDÍVEL DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CENÁRIO DELINEADO QUE AUTORIZA A MANUTENÇÃO DAS ORDENS CAUTELARES SOBRE OS BENS E/OU FRUTOS QUE, MODO INEQUÍVOCO, SÃO PASSÍVEIS DE COMUNICAÇÃO. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS QUANTO AOS DEMAIS.

ALIMENTOS FIXADOS COM ESPEQUE NA ADMINISTRAÇÃO EXCLUSIVA DO VARÃO SOBRE OS BENS COMUNS. AUSÊNCIA DE PROVAS OU, MESMO, INDÍCIOS ACERCA DA EXISTÊNCIA DE FRUTOS. EMPRESA VERDADEIRAMENTE RENTÁVEL CUJA COMUNICABILIDADE É, AINDA, DUVIDOSA. VERBA, NESTE MOMENTO AFASTADA, SEM PREJUÍZO DE REVISITAÇÃO DA TEMÁTICA NA ORIGEM.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4027028-18.2018.8.24.0900, da comarca da Capital 2ª Vara da Família em que é Agravante O. J. de C. e Agravado E. de F. G. O.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Gerson Cherem II e Desa. Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por O. J. de C. em face da decisão interlocutória que, nos autos da tutela cautelar de urgência requerida em caráter antecedente por E. de F. G. O., reconsiderando decisão anteriormente prolatada, reduziu os *alimentos híbridos* fixados de 15 para 5 salários mínimos, cancelou a indisponibilidade de 50% das cotas da empresa Credível, porém manteve a quebra do sigilo bancário do réu nos últimos seis meses, bem como as demais ordens de bloqueio determinadas, as quais recaíram sobre o iate Casablanca, 50% dos valores disponíveis em conta, cotas sociais das empresas Recosem Restaurante Náutico Ltda., Veleiros Administração de Imóveis Ltda. e Veleirotur Turismo Náutico, Restaurante e Bar, além de veículos.

Irresignado, sustenta o réu, em síntese, que não há dúvidas quanto à sua solvência e a manutenção dos bloqueios afronta a sua imagem, notadamente sob a ótica empresarial, visto que faz presumir sua insolvabilidade.

Diz que a ordem foi deferida sob inverdades afirmadas pela autora, notadamente quanto à duração da união estável que, alega, iniciou em 1997, quando da feitura de testamento em favor da então companheira, e findou em 2011, quando da sua revogação.

Salienta que é impossível que estivesse com a agravada em 1986, justo que nessa época era ainda casado com a primeira esposa (entre 1960 e 1988), destacando que em 1990 contraiu segundas núpcias, mantidas até 1996.

Aduz, ainda, que a agravada tem 62 (sessenta e dois anos) anos e possui três fontes de renda distintas, não necessitando, pois, dos alimentos fixados, mormente dos compensatórios, que não têm incidência na espécie.

Assevera que a agravada não teve qualquer participação financeira no que diz respeito à construção do seu patrimônio, salientando, ademais, que possui inúmeras dívidas, uma delas impagável, de mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em tributos.

Finalmente, argumenta que se, por ventura, algum direito for reconhecido à agravada, o bloqueio sobre o iate, avaliado por ela própria em R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais) é mais do que suficiente para garantir eventual partilha.

Requer, nesses termos, o conhecimento do recurso e a antecipação da tutela recursal para que sejam revogados os alimentos, bem como desbloqueados os bens e cotas gravados, mantendo-se, subsidiariamente, apenas o bloqueio do iate Casablanca, além da condenação da agravada nas penas da litigância de má-fé.

O pedido liminar de efeito suspensivo foi deferido, em parte, nos termos da decisão inserta às fls. 68/73.

Na sequência, a agravada apresentou suas contrarrazões (fls. 76/97), as quais sobreveio petição do réu/agravante (fls. 99/121), acompanhada de documentos (fls. 122/141) em defesa do provimento total do recurso.

Às fls. 150/77 aportou aos autos nova petição pelo réu/agravante, instruída pelos documentos de fls. 178/210, insistindo na cassação integral da liminar agravada, sob alegações de fraude processual praticada pela autora/agravada, bem como pela advogada que não patrocina mais os interesses do réu.

Às fls. 211/12, a terceira petição do agravante veio aos autos, desta feita pugnando pela análise do petitório anterior, bem como adiamento do julgamento aprazado e, ainda, “*a expedição de três cópias autenticadas do instrumento*” para instruir ações de responsabilidade contra a autora, seu advogado e as duas procuradoras que já atuaram em favor do peticionário.

Às fls. 213/16, a quarta petição do réu, produzida com o fito de evidenciar que a embarcação pertence à empresa VeleiroTur Turismo Náutico, aberta em 1994, antes do início da união estável.

Em atenção aos sucessivos petitórios, foi exarado o despacho de fls. 217/218.

Em seguida, mais um petitório do réu aportou aos autos (o quinto), insistindo na ocorrência de fraude processual, noticiando a proposição de acordo à autora/agravada e sugerindo a possibilidade de favorecimentos da Corte em prol da tese autoral, haja vista o seu patrocínio estar sendo exercido por desembargador aposentado (fls. 220/228).

Esse, o relato do essencial.

VOTO

O agravo ultrapassa a barreira da admissibilidade. É próprio, tempestivo, há legitimidade, interesse e foi devidamente preparado, de sorte que dele conheço.

Antes de avançar, por força dos dizeres inscritos no petitório que descansa às fls. 220/228, devo dizer que recebo com absoluta perplexidade a suposição de que qualquer causa, nessa Corte, passaria a gozar de maior dificuldade na sua apreciação, simplesmente por ser patrocinada por advogado que já ostentou, no passado, o cargo de desembargador.

A petição referida está repleta de assertivas que, ornadas de inegável passionalidade, visam, na essência, causar absoluto constrangimento, com a intenção nada secreta de coagir os integrantes desse Órgão Fracionário, em especial esse relator, notadamente quando afirma que “*a comisseração com o crime seria crime*”, e mais ainda ao preconizar que “*Será um despropósito se a autora ganhar algo nos autos em que, entre outras coisas, escancaradamente falsificou documentos*”, exasperando o tom da leviandade ao asseverar que “*O desatino só estará completo se além de ganhar também tiver abonada a sua conduta delitativa de forma omissa. Seria a consagração do crime nos autos. Seria fato típico.*”

Mas não é só. A insolência se perfaz viva e pulsante na medida em que dirige clara ameaça ao referir que não só a autora e seu advogado serão prejudicados por conta da má-fé com que litigam, mas todos que “*forem imprudentes de participar disso, violando a lei*”.

E acresce: haverá fato típico (entenda-se crime) se não for colhida a manifestação da parte adversa e do seu patrono acerca da anunciada falsidade dos documentos. Será hipótese de favorecimento se não for aberto prazo para que a demandante responda a aludida arguição, pois se tal providência “*sempre se aplicou para todos os advogados*”, “*Porque seria diferente com o advogado da autora?*”.

Por último, e não menos grave, a insultuosa imputação: *“Todos sabemos que estamos diante de crime nos autos. Os crimes de falsidade documental e uso de documentos falso. Está escancarado. O eminente Relator sabe disso”* [...] *“Faço um apelo: mais nenhum crime deve ser feito nos autos”*.

É dizer, o agravante, sem peias ou amarras, verbera que qualquer decisão que alcance as pretensões da autora/agravada será ato criminoso praticado pelos integrantes desse colegiado, fruto de favorecimento por ser o advogado da mesma um ex-desembargador.

Isso é um verdadeiro acinte. Um abuso inaceitável, um ataque injurioso e de todo despropositado.

Por óbvio, o julgador deve receber com serenidade os articulados que lhe são dirigidos, mas há limites que não pode ser ultrapassados, sob pena de afronta à própria dignidade do cargo e daquele que o ocupa. O peticionário e sua procuradora ultrapassaram esse limite, daí a necessidade de repelir prontamente as infundadas conjecturas expendidas na petição alhures mencionada, despidas da mais comezinha noção de bom senso.

Aliás, tivesse esse relator qualquer intenção dolosa, agindo de molde a apreciar a causa com parcialidades e favorecimentos, pelo só fato de um dos advogados que atua na ação ter sido magistrado, não teria, através de decisão liminar, tão logo recebido o recurso, afastado a verba alimentar concedida pelo édito agravado em favor da cliente daquele honrado causídico.

O advogado, tanto como o juiz, deve sempre se revestir de moderação e cortesia, exercendo seu nobre mister com combatividade serena e altiva, e não através de pressuposições descabidas e de cunho remarcadamente ofensivo em desfavor de quem tem a incumbência decidir o litígio.

Pertinente, nesse âmbito, transcrever a lapidar lição de CALAMANDREI acerca das relações entre advogados e magistrados:

“O juiz que não guarda respeito ao advogado, como o advogado que não guarda respeito ao juiz, ignoram que a advocacia e a magistratura obedecem à lei dos vasos comunicantes; que não se pode abaixar o nível de uma, sem que o nível da outra desça exatamente o mesmo. Os defeitos dos advogados repercutem sobre os juízes e vice-versa”.

Dito isso, advirto ao peticionário que não será tolerada a reiteração de semelhante linha defensiva, que atinja à respeitabilidade dos integrantes desse Colegiado mediante assertivas passionais, pouco producentes e com viés intimidatório, não sendo demasiado rememorar que a veemência da defesa, mesmo quando exercida em temperatura alta, não deve jamais descambar para o desrespeito ao jogador, transformando a controvérsia forense num duelo de convívios (RUY SODRÉ, *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*, LTr Editora Limitada, 1975, pg. 431).

Verdadeiramente, invectivas como essas que foram lançadas nos autos somente impõe atraso à resolução escoreta e fundamentada do recurso, fim último (e único) da atividade jurisdicional isenta exercida pelos integrantes desse Órgão Fracionário.

Ao que interessa: o recurso preenche os requisitos de admissibilidade – é próprio, tempestivo e está preparado – de sorte que dele conheço.

Na essência, a controvérsia gira em torno das medidas cautelares determinadas na origem no sentido de preservar o patrimônio alegadamente comum dos litigantes, que mantiveram união estável de 1986 a 2018, segundo a autora/agravada, e de 1997 a 2011, segundo o réu/agravante.

Como se vê, é controverso o período de duração da união estável inequivocamente mantida entre as partes, o que repercute sobremaneira no direcionamento da futura partilha, seja quanto à fixação do regime de bens pertinente à espécie (comunhão parcial ou separação obrigatória), seja quanto a apreciação de quais bens, de fato, integram a meação da autora.

A prova, nesse sentido e no precoce estágio processual da ação, é dúbia, se não quanto ao termo inicial da relação convivencial que, aprioristicamente e em juízo de rasa cognição, não poderia, pela legislação pátria vigente e segundo entendimento jurisprudencial dominante, ter sido iniciada em 1986, como alega a autora, justo que nesse período e até o ano de 1996, o agravante esteve casado, sem notícias de que a separação fática da segunda esposa tenha se dado em momento anterior ao seu decreto judicial.

O ordenamento jurídico pátrio tem na monogamia um princípio geral de direito de família e a jurisprudência, notadamente das Cortes Superiores, está consolidada no sentido de não reconhecer as uniões paralelas, salvo hipótese de flagrante união putativa, o que não se amolda à espécie.

Nesse sentido, a propósito, julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da

união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. Recurso especial desprovido.

(REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014, grifos meus)

Também, em data mais recente:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO E CONCUBINATO IMPURO SIMULTÂNEOS. COMPETÊNCIA. ART. 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 9º DA LEI 9.278/1996. JUÍZO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO. INEXISTÊNCIA. CASAMENTO CONCOMITANTE. PARTILHA. PROVA. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 380/STF E Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável quando ausente separação de fato ou de direito do cônjuge.

3. A Vara de Família não está impedida de analisar o concubinato impuro, e seus eventuais reflexos jurídicos no âmbito familiar, nos termos dos arts. 1.727 do Código Civil de 2002 e 9º da Lei nº 9.278/1996. 4. Não há falar em nulidade absoluta por incompetência da Vara de Família para julgar a causa, como devidamente decidido pelo Tribunal local, especialmente quando se deve considerar que as relações de afeto não se coadunam ao direito obrigacional, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988. 5.

Nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o Direito das obrigações.

6. A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula nº 380/STF).

7. O recorrente não se desincumbiu de demonstrar que o patrimônio adquirido pela recorrida teria decorrido do esforço comum de ambas as partes, circunstância que não pode ser reanalisada nesse momento processual ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1628701/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017)

Na mesma direção: AREsp 1182397/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017; AgRg no REsp 1336163/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015; AgRg no AREsp 609.856/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015.

É dizer, pode ter havido, de fato, desde 1986, uma relação *afetiva* entre os litigantes, mas não necessariamente capaz de caracterizar **união estável** e, desse modo, gerar os direitos a ela correlatos. Para o momento, portanto, revela-se mais factível o início da relação em 1997, quando, enfim, nenhum impedimento legal pesava sobre o réu e ora agravante, sem prejuízo, evidentemente, de que a instrução probatória revele o contrário.

Com relação ao termo final, há igual controvérsia, defendendo o réu o término em 2011, quando da revogação do testamento outrora lavrado em favor da então companheira, a qual, por sua vez, defende a permanência da relação até o mês de julho de 2018, juntando declarações de testemunhas para tanto.

Não há, como alhures mencionado, prova irrefutável ou suficientemente segura para adotar-se um ou outro marco, o que aponta para a necessidade de que, antes da adoção de medidas potencialmente lesivas a quaisquer das partes, se estabeleça, enfim, os marcos inicial e final da relação.

Seja como for, a julgar como fato incontroverso que, em 1997, as partes mantinham relação de união estável, mesmo sob a ótica do regime da separação obrigatória de bens, tendo em vista que o varão contava mais de sessenta anos quando do seu início (na perspectiva referida), há bens comunicáveis (aqueles adquiridos na constância da relação, mediante esforço comum – súmula 377 do STF), o que justifica parte das medidas de indisponibilidade que foram determinadas.

De fato, o iate Casablanca comunica-se no melhor dos cenários para o réu (início da relação em 1997, mediante regime da separação obrigatória), o que, *a priori*, justifica o seu arrolamento e a ordem de indisponibilidade da embarcação, oferecida que foi à venda em *site* destinado a esse fim.

No tópico, é de ser rechaçado o pedido sucessivo de manutenção do bloqueio apenas do iate, sob a justificativa de que, conforme avaliação da autora, este teria valor estimado de doze milhões de reais, já que é indubitável que a embarcação está sucateada, tanto que foi oferecida à venda pelo réu e ora agravante por menos de dois milhões de reais, o que é reconhecido na petição inserta às fls. 99/121.

Sobre a notícia de que o barco pode gerar danos à marina e, até mesmo, à Ponte Hercílio Luz, não há prova nos autos, apenas alegações do réu, que, aliás, contrariam sua pretensão inicialmente externada, destinada a manter apenas a indisponibilidade da embarcação, liberando de restrição os demais bens. Também causa estranheza o súbito aparecimento do risco relatado, mormente porque segundo afirmado e reafirmado pelo agravante ao longo das inúmeras manifestações nos autos, o iate está parado, no mesmo local, há pelo menos cinco anos.

De qualquer modo, é evidente que a medida de indisponibilidade do barco, deferida sob o viés econômico, com o escopo de garantir a participação da meeira na sua alienação, arrefece à demonstração inequívoca de risco que, por ventura, a sua manutenção no local de origem apresenta. A ordem tampouco impede a movimentação do iate para outro local, mais seguro, e mesmo o seu desmanche, se assim for ordenado pelas autoridades competentes, o que, nada obstante, depende de prova e, à toda evidência, refoge ao alcance do presente agravo de instrumento.

Com relação à empresa Veleirotur, embora tenha sido constituída em 1994, 2% do capital social é de propriedade da autora e, se a metade dos 98% restantes não se comunicarem, os frutos, a priori, o farão (art. 1.660, V, do CC/02), justificando-se, por ora, a ordem de bloqueio quanto à alienação das cotas. Outrossim, como a agravada tem participação na empresa, não resta afastada a indisponibilidade da embarcação ante o só fato de ela estar registrada em nome da Veleirotur.

O mesmo raciocínio se aplica à empresa Veleiros Administração de Imóveis, uma vez constituída em 1989, mas ativa, na ausência de alegação em contrário, até os dias atuais, rememorando-se que a restrição deferida na origem é apenas e tão somente à alienação das cotas da empresa.

Com relação à empresa Recosem, o réu alega (e lhe socorre razão) que a empresa já é da agravada, detentora de 95% do capital social, tocando ao agravante somente os 5% restantes. A indisponibilidade da venda das cotas, nada obstante, se justifica, no sentido de preservar a situação de fato atual e, nesse tocante, a medida vem em benefício do próprio recorrente, que também tem meação sobre os bens da agravada.

Diversamente, como já ponderou o julgador *a quo*, ocorre no que respeita à empresa Credível, constituída em 2012, quando não há certeza quanto à permanência da relação convivencial, não se extraindo, gize-se, da prova documental produzida pela autora (à exceção das declarações de testemunhas) indícios de que a relação, nessa época, perdurasse.

Idêntico raciocínio se aplica (a) ao veículo Ônix, ausente notícia quanto à data da sua aquisição; e (b) ao bloqueio do saldo eventualmente existente em conta, de tal modo que as medidas acautelatórias, com relação a esses bens, tampouco, se justificam.

No que pertine aos alimentos, dos fundamentos da decisão agravada, parece que não se destinam a garantir a subsistência da autora, que percebe aposentadoria, pensão militar e locativos, persistindo, em quantia correspondente a 1/3 daquela originalmente fixada (de 15 foi reduzida para 5 salários mínimos), tendo em vista a administração exclusiva do réu/agravante sobre o patrimônio alegadamente comum e gerador de frutos.

Sob essa perspectiva, a verba é, em tese, devida, porém, desconhecida a verdadeira extensão do patrimônio – decorrência lógica da ausência de prova contundente quanto à duração da relação –, mostra-se temerária a sua imediata fixação.

Com efeito, sem prejuízo de futuro reexame dessa temática, não há, nesse momento, parâmetros para a fixação dos alimentos **ditos** compensatórios (**em verdade, provisórios, nos termos do art. 4º, parágrafo único da Lei de Alimentos**), ao menos não sem que se franqueie tratamento absolutamente desigual às alegações das partes, conferindo maior valor probante às da autora, em detrimento das do réu.

O *iter* intelectual se reforça à medida em que, da inicial, colhe-se clara narrativa de que o bem efetivamente gerador de renda importante é a empresa Credível, cuja comunicação, porque constituída em 2012, é nos termos da presente decisão, absolutamente duvidosa.

Nesse sentido, a jurisprudência não discrepa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. DESCABIMENTO. Em que pese o dever de mútua assistência entre os cônjuges, o qual se estende às uniões estáveis, para a fixação de alimentos provisórios à excompanheira, mister a comprovação da alegada necessidade ou dependência econômica. Ausente prova de iminente risco de prejuízo, não pode ser deferida a pretensão em sede de sumária cognição, de acordo com os requisitos exigidos no art. 273 do CPC. **No que concerne ao pedido de alimentos compensatórios, como bem entendeu o Julgador a quo, “inviável sua fixação em sede liminar, tendo em vista que não há nos autos identificação**

segura dos bens que integravam o patrimônio comum dos litigantes, tampouco dos frutos que estariam produzindo". AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO POR ATO DA RELATORA. (Agravo de Instrumento N° 70065781452, Sétima Câmara Cível, Tribunal, de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 22/07/2015, grifos meus).

Por fim, voltando aos sucessivos petítórios do réu, vale dizer que *“O agravo de instrumento é um recurso secundum eventus litis e deve permanecer adstrito a pertinência da decisão atacada, ou seja, neste recurso a matéria verdadeiramente devolvida e passível de apreciação restringe-se apenas ao acerto ou não da decisão agravada”* (STF, ARE 677693/GO, Rel^a. Min^a. Carmem Lúcia, j. 16/12/2014, DJe-021, Divulg 30/01/2015, Public 02/02/2015), de modo que **as questões alusivas às contradições entre o que restou alegado pela autora/agravada na tutela cautelar antecedente e na emenda da inicial ofertada em sequência, deverão ser levadas à apreciação do julgador a quo, assim como as teses alusivas à pretensa falsidade das provas produzidas e demais questões orbitais.**

A propósito dessas, nada obstante, antecipo – à insistência do recorrente, embora, rigorosamente, não fosse necessário – que importaria falsificação de documentos e provas a juntada, aos autos, de uma capa da revista **Caras** (com **C**), com falso número de edição, tiragem, valor, etc, estampando a fotografia dos litigantes, como se de publicação verídica se tratasse. Porém, **o que juntou aos autos a autora/agravada**, ao revés, foram cópias da capa de uma inexistente revista **“Karas”** (com **K**), sem número de edição, sem valor (ou melhor, de valor “inestimável), sem tiragem, que demonstram, inequivocamente, tratar-se de uma brincadeira, uma montagem, quiçá realizada quando ainda conviviam os litigantes, mas que **nem sequer por um segundo foi tida por verdadeira ou por prova irrefutável dos marcos iniciais e finais da relação.** Tanto que, os termos da presente decisão – que em tudo se amoldam à primeira proferida nos autos, em análise do pleito liminar – são exatamente nessa direção: **a de que o feito carece de provas quanto à duração da união estável inequivocamente mantida, daí a necessidade de temperar as medidas acautelatórias e afastar (não apenas, reduzir, como determinado na origem) os alimentos ditos compensatórios.**

Ainda sobre o tema, acerca da arguição de falsidade cuja instauração, entende, requereu o réu e ora agravante, pontuo que **deveria ter sido objeto de arguição na origem**, uma vez que os documentos alegadamente forjados foram juntados, **todos, na inicial** (fls. 09 e 13/17), de tal modo que não foi suscitada no prazo e forma previstos no art. 430 do CPC/15, *in verbis*:

“Art. 430. A falsidade **deve** ser suscitada **na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.**”

Portanto, se os documentos ditos falsificados acompanharam a inicial da cautelar antecedente inicialmente distribuída, era na impugnação de fls. 118/137 dos autos originários – a primeira manifestação do réu após conhecer ditos escritos – que a arguição de falsidade deveria ter sido arguida.

Disso, contudo, não se ocupou o agravante. Aliás, nem mesmo nas razões recursais do agravo que ora cuido de deslindar houve a aludida arguição, o que somente foi suscitado após as contrarrazões, onde apenas reproduziu-se os documentos já constantes da ação de origem.

Assim como as nulidades devem ser alegadas na primeira oportunidade em que couber à parte

falar nos autos (art. 278 do CPC), também a falsidade de documentos reclama a respectiva arguição nos momentos taxativamente exposto na lei adjetiva, sob pena de viabilizar-se uma espécie de “*arguição de algibeira*”, manifestada ao sabor das conveniências do interessado, num “armazenamento tático de fundamentos”, como pontuou o Desembargador Hélio do Valle Pereira ao se referir às nulidades (Agravo de Instrumento n. 0033359-39.2016.8.24.0000, de Blumenau, Quinta Câmara de Direito Público), esperando o caminhar do processo para escolher se oferece a arguição ou aceita a respectiva prova.

Para os autos do procedimento recursal em questão, ditas *montagens*, insisto, foram apenas copiadas no bojo das contrarrazões, impendendo pontuar, todo modo, **que se referem, todas elas, apenas ao período de duração incontroversa da união** (fl. 09, ano de 2003; fl. 14, ano de 2006; fl. 15, ano de 2003; fl. 16, ano de 2007; fl. 17, ano de 2009), daí por que, é de uma obviedade gritante, sequer influenciaram a presente decisão.

Não há, em síntese, violação alguma ao art. 432 do CPC/15, pois sequer se está conhecendo da arguição de falsidade inapropriadamente formulada no bojo do presente recurso, daí a razão pela qual não se ordenou a intimação da agravada previamente à determinação de “*realização do exame pericial*”.

Ainda, sobre a alegada cooptação das advogadas que já atuaram, outrora, em prol dos interesses do réu/agravante, observo que não se identifica, **a partir do que consta nos autos**, qualquer ilicitude na conduta da causídica que subscreveu o presente agravo de instrumento. De fato, o ilícito que lhe atribui o réu foi “alterar” a resposta às contrarrazões que, em conjunto com ela, desenvolveu, pois a peça efetivamente protocolada suprimiu certas passagens da versão original. Ocorre que o teor da manifestação é claramente favorável aos interesses do cliente, não se tendo omitido qualquer **questão relevante**, trazendo, além disso, redação menos apaixonada, mais polida, adequada e limitada às questões jurídicas que efetivamente interessam à resolução da celeuma.

Outrossim, são desconhecidos os motivos que levaram outra advogada (que jamais atuou neste feito, mas em outros, alusivos às empresas do réu) a firmar declaração em favor do reconhecimento da união estável, mas daí a afirmar que foi cooptada, parece um tanto açodado, mormente considerando que dita declaração é prova unilateral e, portanto, tal como a infeliz revista “**K**aras” (com “K”), seria oportunamente contraditada.

Seja como for, assiste-lhe, entendendo-se prejudicado, o direito de demandar as causídicas administrativa e judicialmente, mas o fato é que, para os autos, nada do que restou **alegado** têm o condão de modificar os fundamentos suso referidos, quanto mais nesse incipiente estágio processual.

De resto, o só fato de a agravada abster-se de enfrentar certas temáticas no bojo das contrarrazões, limitando-as à matéria de seu maior interesse (os alimentos), não importa no provimento automático do recurso, como se os efeitos da revelia se estendessem aos procedimentos recursais. Mesmo porque, imaginar o contrário, conforme, parece, defende o réu ao afirmar que o relator “*age de ofício*” se mantiver o bloqueio sobre as empresas, importaria afirmar que recursos não contra-arrazoados deveriam ser todos providos, o que é de uma desarrazoabilidade completa e absoluta.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para o fim de **(a)** afastar o bloqueio do veículo Ônix e do saldo atualmente existente em conta bancária do réu/agravante, bem como para **(b)** afastar os alimentos fixados, ausente certeza quanto à real extensão do patrimônio comum e dos respectivos frutos gerados, sem prejuízo de reapreciação desta temática na origem, conforme o caminhar processual e a produção probatória recomendarem.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4014806-70.2016.8.24.0000, de Trombudo Central

Relator: Desembargador André Carvalho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. AÇÃO COMINATÓRIA. CONDOMÍNIO HORIZONTAL INACABADO E COM DIVERSOS VÍCIOS CONSTRUTIVOS. INADIMPLEMENTO DO CONSTRUTOR JUSTIFICADO PELO INSUCESSO DA EMPREITADA. LIMINAR DEFERIDA VEDANDO A COMERCIALIZAÇÃO DAS UNIDADES REMANESCENTES E IMPUTANDO PRECEITO COMINATÓRIO PARA O TÉRMINO DAS OBRAS NAS ÁREAS COMUNS. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES NO CASO CONCRETO. MEDIDAS ADEQUADAS À POSTURA RECALCITRANTE DO CONSTRUTOR NO CUMPRIMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE.

Eventual insucesso do empreendimento imobiliário não serve de fundamento idôneo ao inadimplemento contratual, justificando o manejo de demanda cominatória com o fito de obrigar o construtor a finalizar a obra nos termos avençados, devidamente acompanhada das providências assecuratórias do direito vindicado.

“Presentes os requisitos autorizadores – a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo –, é imperioso que seja deferida, provisoriamente, a tutela de urgência” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4025251-16.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 17-04-2018).

DECISUM MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4014806-70.2016.8.24.0000, da comarca de Trombudo Central (1ª Vara), em que é Agravante Arquitech Serviços de Arquitetura Eireli – Me e Agravado Condomínio Residencial Santa Isabel..

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e, por maioria de votos, negar-lhe provimento. Vencido o Des. Raulino Jacó Brüning, que votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jorge Luis Costa Beber e Des. Raulino Jacó Brüning (presidente com voto).

Florianópolis, 9 de agosto de 2018.

Desembargador André Carvalho

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo manejado por Arquitech Serviços de Arquitetura Eireli - Me, impugnando *decisum* exarado em ação cominatória movida contra si por Parte passiva principal e outro(s)#Retorna a parte passiva principal e outros(s).580037@

SIST.. (autos n. 0301292-17.2016.8.24.0074), na comarca Foro de origem com preposição#Foro de origem com preposição932@PROC.. (Vara de Origem do Processo#Retorna a vara de origem do processo807@PROC..), através da qual deferiu-se a tutela provisória vindicada pelo demandante (fls. 144-147 dos autos de origem).

Por oportuno, transcreve-se o dispositivo da decisão:

Ante o exposto, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA pleiteada por Condomínio Residencial Santa Isabel nesta ação ordinária de obrigação de fazer c/c tutela de urgência ajuizada contra Arquitech Serviços de Arquitetura Ltda., e, em consequência:

- a) DETERMINO que a ré, no prazo de 90 dias, execute as obras emergenciais solicitadas pela Defesa Civil de Pouso Redondo à fl. 112, a fim de evitar novos desmoronamentos, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).
- b) DECRETO A INDISPONIBILIDADE dos lotes existentes em nome da ré no “Condomínio Residencial Santa Isabel”, os quais se originaram da matrícula nº 13.183 (fls. 88/93). Expeça-se o competente mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca.
- c) DETERMINO a expedição de mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, a fim de que proceda à averbação da existência desta ação nas matrículas dos imóveis indicados na alínea “b” acima.

Intimem-se. Dê-se ciência ao Ministério Público, nos moldes postulados na alínea “f” da fl. 27.

No mais, aguarde-se o decurso do prazo de resposta.

Trombudo Central (SC), 22 de setembro de 2016.

Em apertada síntese, alega a pessoa jurídica Agravante: (i) que a intenção da agravada era, de fato, a construção de um condomínio de luxo, porém o baixo valor de venda dos imóveis impossibilitou a execução do empreendimento tal como divulgado no material de venda; (ii) que o valor desembolsado pelos adquirentes seria compatível com o condomínio entregue; (iii) que a ré jamais se furtou ao cumprimento de suas obrigações, apenas buscando ajustá-las às suas possibilidades financeiras; (iv) que tutela provisória deve ser revogada, porquanto exarada prematuramente; (v) que ofereceu a dação em pagamento de alguns lotes de sua propriedade no referido condomínio, com o fito viabilizar a construção das áreas comuns desejadas pelos condôminos; (vi) que os reclamados vícios nas áreas comuns decorreriam da ausência de manutenção, a qual seria de responsabilidade dos condôminos; (vii) que os danos a serem reparados não se encontram especificados; (viii) que a decretação de indisponibilidade de comercialização dos lotes remanescentes penaliza o próprio condomínio, impedindo a doação pretendida pela empresa Agravante; (ix) e que o caso reúne os requisitos à concessão de efeito suspensivo ao reclamo (fls. 01-19).

Em decisão interlocutória, da lavra do insigne Des. Luiz Zanelato, indeferiu-se a vindicada atribuição de efeito suspensivo (fls. 22-27).

Contram minuta às fls. 30-41.

Após redistribuição, vieram-me os autos conclusos (fls. 43-44).

É o necessário escorço.

VOTO

Considerando que a decisão recorrida foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, convém anotar que o caso será analisado integralmente sob o regramento da novel codificação, em consonância ao Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, satisfeitos os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Como visto, trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo manejado por Arquitech Serviços de Arquitetura Eireli - Me, impugnando *decisum* exarado em ação cominatória movida contra si por Condomínio Residencial Santa Isabel (autos n. 0301292-17.2016.8.24.0074), na comarca de Trombudo Central (1ª Vara), através da qual deferiu-se a tutela provisória vindicada pelo demandante nos seguintes termos (fls. 144–147 dos autos de origem).

Ante o exposto, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA pleiteada por Condomínio Residencial Santa Isabel nesta ação ordinária de obrigação de fazer c/c tutela de urgência ajuizada contra Arquitech Serviços de Arquitetura Ltda., e, em consequência:

- a) DETERMINO que a ré, no prazo de 90 dias, execute as obras emergenciais solicitadas pela Defesa Civil de Pouso Redondo à fl. 112, a fim de evitar novos desmoraamentos, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).
- b) DECRETO A INDISPONIBILIDADE dos lotes existentes em nome da ré no “Condomínio Residencial Santa Isabel”, os quais se originaram da matrícula nº 13.183 (fls. 88/93). Expeça-se o competente mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca.
- c) DETERMINO a expedição de mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, a fim de que proceda à averbação da existência desta ação nas matrículas dos imóveis indicados na alínea “b” acima.

Intimem-se. Dê-se ciência ao Ministério Público, nos moldes postulados na alínea “f” da fl. 27.

No mais, aguarde-se o decurso do prazo de resposta.

Trombudo Central (SC), 22 de setembro de 2016.

Em apertada síntese, a Agravante se insurge contra o *decisum* arguindo que o empreendimento imobiliário não logrou o sucesso pretendido, ao passo que o baixo valor de comercialização dos lotes impossibilitaria a construção de área de lazer tal qual avençado inicialmente, por absoluta incompatibilidade do importe arrecado e a edificação pretendida.

Adianta-se, *prima facie*, que o reclamo não merece guarida.

Acerca da temática em deslinde, leciona Eduardo Lamy que “a tutela de urgência corresponde ao resultado rápido que a jurisdição, através do processo, não pode deixar de atingir em muitas e frequentes situações do cotidiano”, tratando-se “do gênero de tutela que se destina a evitar danos oriundos da demora da prestação jurisdicional” (LAMY, Eduardo. Tutela Provisória. 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2018, p. 52).

Nessa perspectiva, no que tange aos pressupostos inerentes à concessão da tutela provisória de urgência, assim prevê o art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015: “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”.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, quanto ao *fumus boni iuris*, exige-se “que fique caracterizada a plausibilidade do direito alegado pelo requerente da tutela provisória, ou seja, deve ser possível ao julgador, dentro dos limites *permitidos de seu conhecimento ainda não exauriente da causa, formar uma convicção ou uma avaliação de credibilidade sobre o direito alegado*” (ALVIM. Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153).

Por seu turno, no que concerne ao *periculum in mora*, infere Elpídio Donizetti que haverá urgência se, “*por meio de cognição sumária o juiz verificar que pode ser o autor o titular do direito material invocado e que há fundado receio de que esse direito possa experimentar dano ou que o resultado útil do processo possa ser comprometido*” (DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 20ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 419).

No caso em apreço, os próprios argumentos declinados à minuta do recurso corroboram a versão trazida à exordial, porquanto a Agravante não nega a ocorrência dos fatos, mas justifica-os no insucesso do empreendimento. Isto é, observa-se que as razões recursais mais assemelham-se ao reconhecimento jurídico do que pedido do que propriamente a uma impugnação aos fundamentos da tutela provisória.

Ressoa evidente que eventual equívoco no planejamento do condomínio a ser comercializado, bem como na segmentação de mercado visada pelo empreendedor, não pode, em absoluto, servir como justificante idônea ao descumprimento das obrigações contratuais – imputando-se o risco do negócio aos adquirentes, para, então, convencer-lhes a aceitar padrão inferior ao originalmente avençado, e sem o respectivo abatimento de preço.

Consoante destacado na contraminuta ao reclamo, “*os condôminos adquiriram as unidades acreditando que teriam à sua disposição toda a infraestrutura de alto padrão divulgada, oferecida e comercializada*”, sendo que “*muitos dos condôminos somente adquiriram suas unidades por conta desta promessa de empreendimento diferenciado na região, caso contrário, a grande maioria dos condôminos sequer teriam interesse na compra das referidas unidades*” (fl. 35)

Como é cediço, o memorial descritivo e o material de divulgação dos empreendimentos imobiliários integram a proposta, obrigando o construtor a entregar a obra nos estritos termos descritos nesses documentos, ao passo que qualquer modificação demandaria anuência de ambos os contratantes.

Isso porque, se os documentos utilizados por ocasião da operação de venda preveem “*determinadas características a serem observadas no imóvel alienado, ainda na planta, pela construtora ao adquirente e este verifica, por ocasião do término da obra, que o bem que lhe será entregue não respeitou a forma inicialmente alinhavada, assiste-lhe o direito de pedir, na forma prevista no art. 475 do CC, a resolução do ajuste ou o cumprimento perfeito da obrigação, porquanto detectado o inadimplemento daquela, que não se cercou da boa técnica para garantir o resultado prometido*” (TJSC, Apelação Cível n. 2015.090210-2, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 29-03-2016).

Não se afigura crível, pois, que empresa do ramo da construção civil conceba transferir o ônus

do insucesso do empreendimento aos próprios consumidores, condicionando a finalização das obras da área comum ao aceite de padrão inferior, mesmo após longos anos de desídia no traquejo da obra.

Sobre o tema em comento, peço vênia pra transcrever excerto da decisão que indeferiu o efeito suspensivo ao reclamo, da lavra do eminente Des. Luiz Zanelato, que bem sintetiza a controvérsia em discussão (grifou-se):

Em análise sumária dos autos, não se verifica probabilidade de provimento do recurso, tendo em vista que os argumentos aduzidos pela agravante, na tentativa de se eximir das responsabilidades decorrentes da construção do loteamento e da alienação dos lotes, são insubsistentes.

A norma do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor é clara ao dispor que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Logo, é flagrantemente infundada a tese de que, apesar da divulgação inicial do projeto do empreendimento, teve que realizar outro projeto compatível com os valores pelos quais os terrenos foram adquiridos, porque teria percebido que os adquirentes em potencial não dispunham de recursos necessários para a aquisição de terrenos por valor equivalente a uma estrutura com luxuosas áreas comuns.

Ademais, os elementos de prova trazidos pelo condomínio agravado com a petição inicial evidenciam graves problemas estruturais decorrentes das obras de tubulação do loteamento, que acarretam “a movimentação de massa (terra) numa das encostas do Condomínio Santa Isabel Distrito Aterrado do Município de Pouso Redondo, devido a declividade do terreno e ao grande volume de terra depositado na encosta”, conforme constatou o Agente Municipal de Proteção e Defesa Civil do Município de Pouso Redondo (fls. 112/118 dos autos originários).

Como bem assevera Arnaldo Rizzardo, “a responsabilidade é de ordem pública, legal, contratual, extracontratual e objetiva, não se isentando o construtor, posto que o direito público lhe impõe a observância de regras administrativas de construção; existem disposições do Código Civil que lhe imputam responsabilidade, além de expressamente assumida no contrato”. (Responsabilidade civil. 6.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 545).

Feitas essas considerações, conclui-se pela inexistência de equívoco na decisão censurada, de cujo cumprimento não se divisa a ocorrência de lesão grave irreparável à parte recorrente, circunstâncias que, com fulcro no art. 995, parágrafo único, do CPC, impõem o indeferimento do efeito suspensivo postulado.

Dessarte, exsurge manifesta a plausibilidade do direito invocado na petição inicial, tendo laborado acertadamente o togado singular ao proceder à concessão da tutela provisória, visto que os próprios argumentos trazidos pelo construtor corroboram a tese exordial, evidenciado a recalcitrância no descumprimento de suas obrigações para com os consumidores, a exigir tutela imediata por parte do Poder Judiciário

Outrossim, quanto ao *periculum in mora*, tem-se por igualmente incontestada sua presença no caso em apreço: (i) a uma, porque o condomínio denota uma série de vícios construtivos a atingir as áreas comuns, ensejando imediata intervenção do construtor, consoante advertido pelo órgão local da defesa civil (fl. 112); (ii) e a duas, porque a permissão de comercialização dos lotes remanescentes pode prejudicar tanto a satisfação da obrigação perseguida pelo condomínio, do ponto de vista da garantia patrimonial, quanto, igualmente, terceiros adquirentes em potencial, que podem vir a ser induzidos a

erro quanto às características essenciais do empreendimento – inadimplidas pelo construtor de forma confessa.

Ademais, conforme entendimento assente nesta Corte, *mutatis mutandis*, acaso o consumidor comprove “em cognição sumária, que pagou grande parte do preço do bem pelo qual a construtora se comprometeu a construir” e “que esta já se encontra em mora pois vencido, em muito, o prazo para a entrega da obra”, tem-se por razoável a “medida cautelar de indisponibilidade de alguns dos bens ainda existentes em seu nome para que o resultado útil do processo” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.036900-3, de Rio do Sul, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 29-03-2016 – grifou-se).

Registre-se, adicionalmente, que o caderno processual não abriga prova ou mesmo argumentação de que a indisponibilidade dos lotes traria prejuízos desproporcionais à saúde financeira da empresa. Ao revés, à minuta do agravo de instrumento, a Recorrente afirma que inexistente “prova de eventual insubsistência de aporte financeiro por parte da agravante para arcar com o ainda hipotético débito” (fl. 07).

Isto é, afirma a própria construtora que possui confortável situação financeira para responder pela hipotética condenação em liça, o que nos conduz às seguintes conclusões: (i) se há recursos financeiros bastantes, a ré não cumpre suas obrigações para com os adquirentes por vontade própria, tornando ainda mais reprovável a circunstância em controvérsia; (ii) se a indisponibilidade dos lotes não inviabiliza a atividade empresarial da construtora, recomenda-se a manutenção do gravame, eis que resguarda o interesse dos demandantes sem maiores prejuízos a ré; (iii) recomendável também a manutenção da indisponibilidade em face do resguardo de eventuais adquirentes desses lotes, que poderiam ser induzidos a erro quanto às características do negócio, devendo-se preservar a boa-fé de terceiros.

Por tais razões, afigura-se idônea a constrição determinada pela instância de piso, cuja manutenção é medida que se impõe.

Ad argumentandum tantum, oportuno destacar que a atividade pretoriana tem recepcionado a cognominada “*regra da gangorra*”, criação doutrinária bem resumida na dicção de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O que queremos dizer, como “*regra da gangorra*”, é que **quanto maior o periculum demonstrado, menos fumus se exige da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional**. O Juízo de plausibilidade ou de probabilidade – que envolvem dose significativa de subjetividade – ficam, a nosso ver, num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não vislumbre uma maior probabilidade do direito invocado, dependendo do bem em jogo e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), deverá ser deferida a tutela de urgência, mesmo que satisfativa. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 498-499 – grifou-se).

Isto é, quanto maior a urgência da situação de fato sob análise – a menos que a pretensão inicial

seja desprovida de qualquer plausibilidade –, exige-se menor intensidade de *fumus boni iuris* para o deferimento da medida, visto que o escopo da tutela provisória de urgência é, justamente, gerir o perigo da demora no curso da marcha processual, distribuindo esse ônus à parte que pode suportá-lo de modo menos gravoso.

Nesses termos, mantém-se inalterada a decisão quanto ao deferimento da tutela provisória de urgência, inexistindo razões para a modificação do provimento de origem.

Até porque, uma vez “*presentes os requisitos autorizadores – a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo –, é imperioso que seja deferida, provisoriamente, a tutela de urgência*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4025251-16.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 17-04-2018).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão objurgada.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento Nº 4014806-70.2016.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning

Restei vencido por entender que a indisponibilidade dos lotes existentes no Condomínio agravado, de propriedade da Construtora agravante, deve sofrer adequação.

O dispositivo da decisão agravada foi assim redigido:

Ante o exposto, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA pleiteada por Condomínio Residencial Santa Isabel nesta ação ordinária de obrigação de fazer c/c tutela de urgência ajuizada contra Arquitech Serviços de Arquitetura Ltda., e, em consequência:

a) DETERMINO que a ré, no prazo de 90 dias, execute as obras emergenciais solicitadas pela Defesa Civil de Pouso Redondo à fl. 112, a fim de evitar novos desmoronamentos, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

b) DECRETO A INDISPONIBILIDADE dos lotes existentes em nome da ré no “Condomínio Residencial Santa Isabel”, os quais se originaram da matrícula nº 13.183 (fls. 88/93). Expeça-se o competente mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca.

c) DETERMINO a expedição de mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, a fim de que proceda à averbação da existência desta ação nas matrículas dos imóveis indicados na alínea “b” acima.

Intimem-se. Dê-se ciência ao Ministério Público, nos moldes postulados na alínea “f” da fl. 27.

No mais, aguarde-se o decurso do prazo de resposta.

Verifica-se, portanto, que o direito de terceiros restou resguardado com a averbação da ação na matrícula do imóvel. A ré tem obras de contenção a fazer, como determinado na alínea *a*.

Além disso, discute-se na ação se a requerida, ora agravante, deve ou não executar obras conforme a propaganda feita ao tempo da venda dos terrenos. Para tanto, importante que o Condomínio autor,

ora agravado, tenha garantias de eventual condenação na *actio* de origem. Determinou-se, então, a indisponibilidade dos lotes em nome da Construtora, localizados no Condomínio autor.

Ocorre que, impossibilitar que a Construtora venda qualquer terreno no empreendimento parece desarazado e/ou demasiado, sabendo-se que eventuais compradores, por meio da restrição na matrícula do imóvel, terão ciência dos fatos discutidos nos presentes autos, podendo sopesar, com clareza, os benefícios do negócios.

Em relação ao tema, Sérgio Cavaliéri Filho pontua:

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia, que de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116).

Importante que a agravante possa liquidar parte de seu patrimônio para impulsionar as obras de sua responsabilidade, seja as de contenção (determinadas pela Defesa Civil municipal) ou até mesmo as obras em discussão na *actio*.

Assim, voto no sentido de liberar 3 lotes de propriedade da agravante, no Condomínio agravado, a fim de possibilitar que, com eles, possa ter liquidez financeira para executar as obras, tanto as emergenciais, quanto as que são objeto do processo de origem.

Florianópolis, 15 de outubro de 2018.

Raulino Jacó Bruning
Desembargador

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0016080-28.2013.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DEMANDA PARA CONDENAR A CONSTRUTORA AO PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES. EXTINÇÃO QUANTO AO PEDIDO COMINATÓRIO EM RAZÃO DA IMISSÃO NA POSSE DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. INCONFORMISMO DAS PARTES.

ATRASO DA OBRA E ENTREGA DA UNIDADE IMOBILIÁRIA INCONTROVERSOS.

RESSARCIMENTO DOS JUROS DE PRÉ-AMORTIZAÇÃO DO FINANCIAMENTO BANCÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL DE MODIFICAÇÃO DOS ENCARGOS POSTERIORMENTE À ENTREGA DO IMÓVEL, QUANDO SERIA INICIADO O PAGAMENTO DA DÍVIDA. CONTUDO, ADQUIRENTE QUE NÃO COMPROVA O PAGAMENTO INDEVIDO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CORROBORADO.

LUCROS CESSANTES. CONDENAÇÃO FUNDADA NA IMPOSSIBILIDADE DE LOCAÇÃO DO IMÓVEL. DESCABIMENTO. AQUISIÇÃO MEDIANTE FINANCIAMENTO BANCÁRIO NO ÂMBITO DO PROGRAMA “*MINHA CASA, MINHA VIDA*”. MODALIDADE DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL DESTINADO À MORADIA, COM VEDAÇÃO À LOCAÇÃO PARA TERCEIRO.

DANO MORAL. PREJUÍZO EXTRAPATRIMONIAL NÃO DEMONSTRADO NO CASO. COMPRADOR QUE SEQUER SUPOU DANOS EMERGENTES A TÍTULO DE ALUGUEL PARA SUA RESIDÊNCIA. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADOS, A TEOR DOS ARTS. 186 E 927, DO CC. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

RECURSO DO COMPRADOR CONHECIDO E DESPROVIDO.

RECURSO DA CONSTRUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0016080-28.2013.8.24.0038, da comarca de Joinville (3ª Vara Cível), em que é Apte/RdoAd Eduardo Lucas Vieira e Apdo/RteAd MRV Engenharia e Participações S/A.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso de Apelação Cível; e conhecer dar provimento ao recurso Adesivo a fim de julgar improcedentes os pedidos da exordial, pondo ao presente feito, com resolução do mérito, a teor do art. 487, inc. I, do CPC/2015. Mantém-se a extinção da ação em relação ao pleito cominatório. Condena-se o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com espeque no art. 85, §§ 2º e 8º, do mesmo diploma. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, presidente com voto, o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa e a Exma. Sra. Desa. Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2018.

Desembargador Rubens Schulz

RELATOR

Documento assinado digitalmente

Lei n. 11.419/2006

RELATÓRIO

Eduardo Lucas Vieira ajuizou “Ação indenizatória por danos materiais, lucros cessantes c/c danos morais” em desfavor de MRV Engenharia e Participações S/A, com esteio no descumprimento de cláusula contratual decorrente do atraso da conclusão da obra, presença de danos de construção; e pagamento indevido de juros de pré-amortização. Formulou pedido de obrigação de fazer para entrega da unidade imobiliária adquirida; ressarcimento dos valores pagos indevidamente a título de juros; indenização dos lucros cessantes e abalo moral; e concessão da assistência judiciária gratuita.

Foi ordenada a juntada de documento para demonstrar a insuficiência de recursos (fl. 87). O autor peticionou às fls. 89-90, juntando comprovante de rendimentos.

O beneplácito da assistência judiciária gratuita foi indeferido (fl. 91), sendo efetivado o pagamento das custas iniciais (fls. 95-98).

A prefacial foi recebida e determinada a citação (fl. 99).

Devidamente citada, a ré ofereceu contestação (fls. 103-118). Suscitou a ilegitimidade passiva. No mérito, afirmou que não ocorreu o atraso da obra, sendo que o autor quitou o pacto somente em 07-2013; impugnou o pleito de ressarcimento dos juros de pré-amortização, porquanto são devidos à Caixa Econômica Federal em conformidade com o contrato de financiamento. Disse que os lucros cessantes são incabíveis, pois não existe prova do pagamento de alugueres; que não demonstrados os vícios construtivos na unidade imobiliária; e que inexistente dano moral indenizável.

Houve réplica (fls. 163-173).

Sobreveio a sentença de parcial procedência da exordial, condenando-se a ré ao pagamento dos lucros cessantes atinentes ao atraso na entrega da unidade imobiliária, fato que inviabilizou a locação do bem para terceiro (fls. 174-179). A demanda foi julgada extinta em relação ao pedido cominatório, ante a perda do objeto com a imissão na posse. Diante da sucumbência recíproca, ambas as partes foram condenadas ao pagamento do percentual de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados na proporção de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, admitida a compensação.

Inconformado com a prestação jurisdicional, o autor interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 182-188). Objetiva o ressarcimento dos juros pagos indevidamente para a instituição financeira por motivo do atraso da construção do empreendimento e imissão na posse; bem como a indenização do dano moral sofrido.

Contrarrrazões da ré juntadas às fls. 195-206. A ré manejou recurso adesivo (fls. 207-214). Busca a improcedência em razão da ausência de prova do adimplemento do aluguel pelo autor.

O autor deixou de apresentar contrarrrazões, conforme certidão de fl. 220.

Ascenderam os autos ao Tribunal de Justiça.

Com a redistribuição, vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se dos recursos de Apelação Cível e Adesivo e passa-se ao exame do seu objeto à luz das disposições do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que a sentença recorrida foi publicada ainda na sua vigência (03-03-2015 - fls. 174-179), excetuadas eventuais normas de aplicabilidade imediata do novo regramento processual.

1 RESSARCIMENTO DOS JUROS DE PRÉ-AMORTIZAÇÃO

Apreciando a peça inaugural, vislumbra-se que o autor pretende o ressarcimento dos juros de pré-amortização adimplidos por período superior ao estabelecido contratualmente, mormente porque a ré descumpriu o prazo de entrega da unidade imobiliária. Assim, o pedido consiste no pagamento de importância paga indevidamente, por culpa da ré, em favor da instituição financeira.

O autor entabulou o “Contrato por instrumento particular de compra e venda de terreno e mútuo para construção de unidade habitacional com fiança, alienação fiduciária e outras obrigações” com a Caixa Econômica Federal, no âmbito do programa “Minha casa, minha vida” (fls. 40-68).

A propósito, cumpre trazer à baila o teor da cláusula sétima, IV, parágrafos primeiro e terceiro do pacto de financiamento bancário (fls. 41-42):

CLÁUSULA SÉTIMA – DOS ENCARGOS MENSIS INCIDENTES SOBRE O FINANCIAMENTO
– O pagamento de encargos mensais é devido a partir do mês subsequente à contratação, com vencimento no mesmo dia de assinatura desde instrumento, sendo:

IV) Pelo DEVEDOR, mensalmente, após a fase de construção, mediante débito em conta de qualquer tipo titulada pelo DEVEDOR, na CEF, débito este que fica desde já autorizado:

A) Prestação de Amortização e Juros (A + J), à taxa prevista no Quadro “C”;

B) Taxa de Administração, se devida;

C) Comissão Pecuniária FGHAB.

Parágrafo Primeiro – O pagamento dos encargos devidos durante o período de construção, será realizado na data de seu vencimento, independentemente de qualquer aviso ou notificação, mediante débito em conta titulada pelo DEVEDOR.

[...]

Parágrafo Terceiro – A amortização do financiamento será efetuada em prestações mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira prestação no mês subsequente ao término do cronograma de obras e no dia correspondente ao da assinatura do presente contrato de financiamento.

Depreende-se do conjunto probatório que a unidade imobiliária foi efetivamente entregue ao autor na data de 03-06-2013 (fls. 158-159).

Cumprе mencionar que a decisão vergastada reconheceu o atraso da obra por lapso temporal superior a 20 (vinte) meses, observados os prazos para entrega de 15 (quinze) meses e mais 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, previstos no contrato de financiamento encetado com a Caixa Econômica Federal. Este tópico da sentença não foi atacado pelas partes nas razões recursais. Assim, tem-se que operada a preclusão neste ponto, com o trânsito em julgado material.

Em que pese a incontrovérsia acerca do descumprimento contratual referente ao término da construção do empreendimento e entrega da unidade imobiliária, o autor não logrou êxito em comprovar que as parcelas do financiamento imobiliário permaneceram sendo cobradas com os encargos estabelecidos para o período de edificação.

Note-se que o autor poderia corroborar suas alegações com os extratos bancários, de que as prestações continuaram sendo debitadas em conta corrente de sua titularidade, nos meses posteriores à 09-2010, sem amortização da dívida. Na mesma linha, a juntada de boleto bancário emitido pela instituição financeira comprovaria a exigência das prestações desprovidas do valor correspondente ao abatimento.

Nesse diapasão, conclui-se que o autor omitiu os respectivos comprovantes de pagamentos necessários à elucidação do direito de ressarcimento dos juros.

Outrossim, o documento de fls. 71-78 denota a previsão inicial de evolução das parcelas, e não constitui prova da não ocorrência de amortização da dívida a contar do décimo sexto pagamento, com vencimento em 08-04-2011.

2 LUCROS CESSANTES

Na hipótese de inexecução da obrigação, o devedor responderá por perdas e danos, que abrangem, além do que efetivamente se perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, com base nos arts. 389 c/c 402 do CC.

A sentença recorrida condenou a ré ao pagamento dos lucros cessantes em virtude da impossibilidade de locação da unidade imobiliária para terceiro (fl. 177).

No entanto, verifica-se que o imóvel foi adquirido mediante financiamento habitacional do programa “Minha Casa, Minha Vida” junto à Caixa Econômica Federal e, portanto, mostra-se descabida qualquer tipo de condenação em lucros cessantes (pelo que se deixou de auferir com a locação do bem) porque incompatível com as regras da modalidade, que vedam a locação do imóvel que se destina à moradia do comprador.

Em relação ao ressarcimento decorrente da não fruição do bem, o autor não encartou ao feito

qualquer prova, salientando-se que seria possível indenizar somente os **danos reais** suportados pela demora na entrega do imóvel. O chamado dano emergente, representado pelo prejuízo patrimonial com o pagamento de aluguel para uso próprio, no período compreendido pelo atraso na entrega da unidade imobiliária por culpa da construtora.

No presente litígio, os elementos probatórios não indicam que o autor residiu em outro imóvel locado.

A respeito do tema em voga, colhem-se dos julgados da Corte Catarinense:

AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ATRASO NA ENTREGA E VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE SANAR OS DEFEITOS NO IMÓVEL DO AUTOR SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 300,00 LIMITADA A R\$ 5.000,00. PEDIDO DE MINORAÇÃO. VALOR RAZOÁVEL E QUE ATENDE O OBJETIVO DO PRECEITO COMINATÓRIO. LUCROS CESSANTES. IMÓVEL ADQUIRIDO POR MEIO DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE LOCAÇÃO. DANOS EMERGENTES NÃO COMPROVADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NO PARTICULAR. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. DIVERSOS VÍCIOS DE QUALIDADE NO IMÓVEL QUE ULTRAPASSARAM A ESFERA DO MERO ABORRECIMENTO OU DO SIMPLES INADIMPLEMENTO. MANUTENÇÃO DO VALOR DE R\$ 3.000,00. REFORMA APENAS QUANTO AO TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. CONTAGEM A PARTIR DA CITAÇÃO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. ART. 402 DO CÓDIGO CIVIL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA RÉ DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300118-22.2015.8.24.0166, de Forquilha, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 18-07-2017).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES. [...] LUCROS CESSANTES. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. INAPLICABILIDADE. IMÓVEL INSERIDO NO PROGRAMA “MINHA CASA MINHA VIDA”. PROGRAMA DESTINADO À MORADIA. VEDADA A LOCAÇÃO E VENDA.

É impossível a condenação de lucros cessantes em forma de aluguel do imóvel quando a aquisição do imóvel pelo programa “Minha Casa Minha Vida” deu-se com recurso proveniente do saldo de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, visto que deve ter a exclusiva finalidade de moradia do interessado.

DANO MORAL. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OUTRA CIRCUNSTÂNCIA CAUSADORA DE ABALO ANÍMICO.

Não é qualquer dissabor vivido pelo ser humano que lhe dá direito ao recebimento de indenização por danos morais, porquanto somente configura o dano moral a dor, a angústia e humilhação de grau intenso e anormal, que interfira de forma decisiva no comportamento psicológico do indivíduo.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.060164-0, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-03-2016).

Nesse diapasão, constata-se que o autor não sofreu dano patrimonial por motivo do descumprimento parcial do contrato.

3 DANO MORAL

É consabido que a mera inexecução de cláusula contratual não é capaz de gerar direito à reparação fundada no abalo moral, sendo imprescindível a demonstração da ocorrência de dano de natureza extrapatrimonial, a teor do disposto nos arts. 186 e 927 do CC.

No caso em apreço, não cabe indenização com fulcro no abalo anímico porque nada foi descrito na peça inaugural que justificasse o pedido. Aliás, o prejuízo de ordem moral está baseado no descumprimento contratual em razão do atraso na entrega e frustração da imissão na posse do imóvel adquirido. Contudo, o abalo moral oriundo de inexecução voluntária de cláusula contratual exige situação extrema que se afasta do dano normal advindo da presente hipótese.

Convém repisar, que o adquirente sequer comprova a ocorrência de prejuízo de ordem patrimonial, notadamente porque não procedeu à locação de outro imóvel para sua moradia enquanto não foi entregue a unidade imobiliária adquirida. E, desta intelecção, conclui-se que a ofensa anímica não restou configurada.

Sobre a reparação por dano moral em inexecução de cláusula contratual, cumpre colacionar o seguinte julgado do STJ:

[...] 5. A moderna jurisprudência firmada no âmbito da Terceira Turma desta Corte é no sentido de que o dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes compradores.

6. No caso concreto, a fundamentação do dano moral está justificada somente da frustração da expectativa da autora, que se privou do uso do imóvel pelo tempo em que perdurou o atraso na entrega da obra, sem tecer nota adicional ao mero atraso que pudesse, além dos danos materiais, causar grave sofrimento ou angústia a ponto de configurar verdadeiro dano moral.

7. Agravo regimental parcialmente provido a fim de excluir a condenação por dano moral. (AgRg no AREsp 847.358/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 01/06/2017).

Dessa feita, o pleito de indenização do abalo anímico não merece guarida.

Por todo exposto, nega-se provimento ao recurso de Apelação Cível; e dá-se provimento ao recurso Adesivo a fim de julgar improcedentes os pedidos da exordial, pondo fim ao presente feito, com resolução do mérito, a teor do art. 487, inc. I, do CPC/2015. Mantém-se a extinção da ação em relação ao pleito cominatório. Condena-se o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com espeque no art. 85, §§ 2º e 8º, do mesmo diploma.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0301561-35.2017.8.24.0005, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE FIGUROU NA CESSÃO DE CRÉDITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. MANUTENÇÃO DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS A QUITAÇÃO DO DÉBITO, POR PRAZO SUPERIOR A CINCO DIAS ÚTEIS. SÚMULA 548, STJ. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR. *QUANTUM*. MINORAÇÃO DO VALOR FIXADO. ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AOS CRITÉRIOS COMPENSATÓRIOS. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA JURISPRUDÊNCIA. SÚMULAS 54 E 362/STJ. JUROS DE MORAS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. DIA SEGUINTE AO VENCIMENTO DO PRAZO. ADEQUAÇÃO. RECURSOS DAS RÉS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Os arts. 7º, parágrafo único, e 25 do CDC impõem a todos os integrantes da cadeia de fornecimento a responsabilidade solidária pelos danos causados por fato ou vício do produto ou serviço (REsp n. 1370139/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 3.12.2013).

Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito (Súmula 548, STJ).

No caso de inscrição ou manutenção indevida em rol de inadimplentes, tem-se por satisfatoriamente demonstrado o dever de reparar se o autor comprova a ocorrência do ilícito, sendo presumidos os danos à imagem e a restrição a crédito, que justificam a condenação por dano moral (CC, 186 e 927, c/c art. 333, I, do CPC/73 ou art. 373, I, do CPC).

Reserva-se a aplicabilidade do enunciado da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça às hipóteses em que o devedor contumaz, tendo já ciência de outras anotações cuja legitimidade é incontestada, pretenda a reparação por dano moral em razão de anotação superveniente.

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado em atenção ao princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração, de um lado, a gravidade do ato danoso e do abalo suportado pela vítima e, de outro, o aspecto sancionatório ao responsável pelo dano, a fim de coibir a reiteração da conduta lesiva.

Enquadrando-se os danos morais devidos por inscrição ou manutenção indevida do nome em rol de inadimplentes na categoria de responsabilidade extracontratual por ato ilícito, os juros de mora incidem da data do evento danoso, a teor da Súmula 54/STJ, ao passo que o termo inicial da correção monetária é a data do arbitramento, conforme pacificado no enunciado da Súmula 362/STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301561-35.2017.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú em que é parte apelante Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPLI e outro e parte apelada Samir Bona.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento para reduzir a indenização para R\$ 10.000,00, acrescidos de juros de mora desde o evento danoso e atualizado monetariamente, pelo INPC, a partir desta data. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, com voto, e dele participou o Exmo Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 8 de novembro de 2018.

Desembargador Sebastião César Evangelista

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPL I (FIDC) e Renova Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros S.A. (RENOVA) da sentença proferida na 3ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú que julgou o processo de n. 0301561-35.2017.8.24.0005, sendo parte adversa Samir Bona.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido inicial, declarou a inexistência do débito que ensejou a inscrição do nome da parte autora no cadastro de inadimplentes e condenou as rés solidariamente ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 15.000,00, mais juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária a partir do arbitramento. Reconhecida a sucumbência recíproca, as partes restaram condenadas no pagamento das custas e honorários advocatícios, esses fixados em 10% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade dos encargos em relação à parte autora, em razão da concessão do benefício da Justiça gratuita (parte acrescida após julgamento de embargos de declaração, p. 454/457).

Na fundamentação, consignou-se, preliminarmente, que as rés fazem parte do mesmo conglomerado econômico e, por isso, em razão da aplicação da teoria da aparência, têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda e, por conseguinte, para responder por eventuais danos causados à parte autora, que teve o nome inscrito no cadastro de proteção ao crédito por mais de um ano após o pagamento da dívida que ensejara a inscrição, situação que caracteriza dano moral indenizável. Ponderou-se que as inscrições pretéritas em nome do autor não estavam mais em vigor ao tempo da negativação questionada e, por conseguinte, não afastam o dano decorrente da manutenção indevida. Por fim, asseverou que, na situação dos autos, o dano é presumido e que o valor fixado é suficiente para impedir novas condutas ilícitas e ainda recompor, na medida do possível, os danos causados à imagem e à honra objetiva do autor.

As requeridas, embora representadas pelo mesmo procurador, interpuseram, cada qual, recursos em peças autônomas. Ambas postularam a reforma integral da sentença a fim de afastar a declaração de inexigibilidade dos débitos cobrados, bem como a indenização dos danos morais, invocando, a propósito, a aplicabilidade, ao caso, da Súmula 385 do STJ. A apelante FIDC insistiu, ainda, que não tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que não fez parte da obrigação que deu origem a inscrição, a qual foi objeto de cessão de crédito exclusivamente entre o Banco Santander e a empresa Renova.

A autora ofertou contrarrazões (p. 432/440 e 441/448), em que sustenta os fundamentos da decisão, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

Após, os autos ascenderam a esta instância. Distribuídos, vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

1 Em exame de admissibilidade, realizado sob o enfoque do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15), vigente à época da publicação da decisão recorrida (Enunciado Administrativo n. 3 do STJ), observa-se inicialmente que os recursos são tempestivos. A intimação foi realizada na data de 27/03/2018, ao passo que os reclamos foram protocolizados em 12/04/2018 (p. 363 e 417), tendo-se observado, assim, o prazo de 15 dias úteis (CPC, art. 1.003, § 5º e art. 212), conforme certidão de p. 361. Foram comprovados o recolhimento do preparo (p. 371 e 428). O interesse recursal é manifesto e as razões de insurgência desafiam os fundamentos da decisão profligada. Encontram-se satisfeitos, pois, os requisitos de admissibilidade.

2 Preliminarmente, analisa-se a alegada ilegitimidade da empresa Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPL I para figurar no polo passivo da lide.

Adianta-se que tal tese não merece acolhida, tendo sido corretamente afastada na sentença, em razão da aplicação, ao caso, da teoria da aparência e das normas consumeristas que tratam da responsabilidade solidária entre os fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 7º, parágrafo único, dispõe que quando a ofensa tiver mais de um autor, a responsabilidade pela reparação de danos ao consumidor é solidária. Do teor do referido dispositivo infere-se que a falha na prestação do serviço que acarretou prejuízos ao consumidor é atribuível a todos que integram a cadeia de fornecedores que disponibilizam o serviço ou o produto no mercado.

A respeito da responsabilidade da cadeia de fornecedores, lecionam Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem:

Solidariedade: o parágrafo único do art. 7º traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços. Aqui a ideia geral é o direito de ressarcimento da vítima-consumidor (art. 6º, VI, c/c art. 17 do CDC), uma vez que a do CDC geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independente de culpa (arts. 12, 13, 14, 18, 20 do CDC). O CDC permite assim a visualização da cadeia de fornecimento através da imposição da solidariedade entre os fornecedores. O CDC impõe a solidariedade em matéria de defeito do serviço (art. 14 do CDC) em contraponto aos arts. 12 e 13 do CDC, com responsabilidade objetiva imputada nominalmente a alguns agentes econômicos. Também nos arts. 18 e 20 a responsabilidade é imputada a toda a cadeia, não importando quem contratou com o consumidor. Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, disposição que vem repetida no art. 25, § 1º (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 360).

No presente caso, observa-se que a dívida que originou a inscrição do nome do demandante nos órgãos de proteção ao crédito decorre de contratos firmados com o Banco Santander S.A., posteriormente cedida por meio do documento de p. 25/27.

Induidoso que o nome da empresa apelada figurou no aludido documento como detentora dos créditos oriundo do Banco Santander S.A.. Há, ainda, cláusula específica impondo à empresa cessionária a obrigação de, no prazo de 5 dias após a quitação da dívida, retirar o nome do devedor dos órgãos de restrição e proteção ao crédito (p. 27, cláusula décima primeira), ainda que na ficha de compensação do boleto de pagamento tenha constado o nome de Renova Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros S.A. (RENOVA) como beneficiária.

É fato incontroverso de que ambas fazem parte do mesmo grupo econômico e, portanto, ambas, pela teoria da aparência, amplamente consagrada na doutrina e jurisprudência, têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação e, por conseguinte, responder pelos prejuízos sofridos pela parte autora, cujo nome foi mantido inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, mesmo após a quitação da dívida. Da mesma forma, também não há possibilidade de se afastar a responsabilidade solidária existente entre as rés pela falha na prestação de serviços.

3 No mérito, os recursos das requeridas serão analisados conjuntamente em razão da similitude de seus reclamos.

Sustentam a legalidade da inscrição do nome do autor no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito e a inexistência de elementos mínimos à comprovação do dano moral.

Razão, contudo, não lhes assiste.

Não se descuida da legalidade da inscrição, todavia, após a quitação do débito, o apelado permaneceu inscrito nos róis dos inadimplentes pelo menos até 2.12.2016, - considerando a declaração expedida pela CDL - Câmara de Dirigentes Lojistas de Balneário Camboriú (p. 32). Presume-se que o autor, ao quitar o débito, esperava ter seu registro negativo cancelado. Ademais, é responsabilidade do credor, após a confirmação do pagamento, proceder à baixa da negativação do nome da devedora.

O Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa em sentido estrito, sendo que para caracterizar o ato ilícito basta a existência de dano e o nexo de causalidade entre a conduta ou omissão ilícita e o dano. É dever dos fornecedores desenvolver um sistema de gestão que preserve os beneficiários dos seus serviços de diversos riscos próprios da atividade, dentre eles os decorrentes da ausência de baixa no cadastro de usuários que tenham adimplido suas dívidas.

Relativamente ao prazo para o cancelamento da anotação por parte do credor, o Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 548, consolidou o seguinte entendimento: “Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito.” (Súmula 548, Segunda Seção, j. 19.10.2015).

Na hipótese, apesar da legalidade da inscrição, após o adimplemento do débito, as rés possuíam o prazo de 5 dias úteis para cancelamento da inscrição. Portanto, considerando a quitação da dívida em 28 de agosto de 2015, as rés tinham até dia 4 de setembro daquele ano para proceder a retirada da restrição em nome da parte autora. Todavia, permaneceram inertes, permanecendo o nome do apelado no rol de inadimplentes por, pelo menos, 1 ano e 6 meses após a quitação da obrigação.

Desse modo, considerando o transcurso do prazo razoável para a exclusão do nome do consumidor do cadastro dos órgãos de proteção ao crédito, tem-se por comprovado o ato ilícito praticado pelas rés.

Não se olvida da existência de outros registros em nome do apelado, desabonadores e anteriores ao período em que permaneceu inscrito no cadastro de inadimplentes. Contudo, não se cogita, na hipótese, de aplicação do enunciado da Súmula n. 385 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto, tal como ponderado na sentença, a última inscrição, à exceção da mantida pelas requeridas, fora excluída em 28.10.2015, enquanto que o nome do autor, segundo documento de p. 32, perdurou inscrito indevidamente, segundo documento de p. 32, pelo menos até a data de 02.12.2016, não havendo qualquer outra inscrição posterior.

Como cedo, os danos da natureza exclusivamente moral ensejam a reparação civil (art. 5º, X, da Constituição da República), bem como o de que os danos morais decorrentes de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes prescindem de prova, vez que, nesses casos, a lesão extrapatrimonial é presumida.

Interpretados os artigos 186 e 927 do Código Civil, combinados com o art. 333, I, do CPC/73 (art. 373, I, do CPC/15), tem-se por satisfatoriamente demonstrado o dever de reparar se o autor comprova a ocorrência do ilícito, sendo presumidos os danos à imagem e à restrição a crédito, que justificam a condenação por dano moral.

Nessa senda é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte de Justiça perfilha o entendimento de que ‘a inscrição indevida em cadastro negativo de crédito, bem como o protesto indevido caracterizam, por si sós, dano in re ipsa, o que implica responsabilização por danos morais’”. (AgRg no REsp n. 1435412/MA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15.12.2015).

No mesmo sentido é pacífica a jurisprudência desta Corte de Justiça:

É assente na jurisprudência que a inscrição indevida, no SERASA e/ou no SPC, enseja indenização por danos morais e que são presumidos, não dependendo de demonstração dos prejuízos decorrentes. (Ap. Cív. n. 2015.055073-8, de Videira, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 17.3.2016).

Dessa forma, tem-se que é desnecessária a comprovação dos prejuízos sofridos pela vítima, pois a existência do evento danoso é decorrência da própria ilicitude do ato, sendo sua caracterização presumida.

4 Vencida a irresignação recursal contra a inexistência de ato ilícito e de abalo moral indenizável, mantendo-se a responsabilização tal qual estabelecida na origem, cumpre analisar os pleitos de redução do *quantum* indenizatório, formulado subsidiariamente nas apelações das rés, sob a alegação de excessividade do valor fixado.

O dano moral é indenizável, pretensão que encontra suporte nos artigos 186 e 944 do Código Civil, devendo o *quantum* ser fixado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido, o grau de reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do réu, ante o caráter sancionatório da indenização.

Conforme assente na jurisprudência, a quantificação do dano deve, de um lado, compensar a vítima pelo abalo sofrido e, de outro, ter caráter pedagógico ao infrator, a fim de que não lhe seja infligida sanção irrelevante, incapaz de estimular uma mudança de comportamento.

Sobre o tema, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano. (REsp n. 582.047/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.2.2009).

No caso concreto, considerando, de um lado, a conduta e o porte econômico das rés e, de outro, o dano sofrido pela parte autora, à vista ainda do caráter pedagógico da indenização, como medida compensatória e ao mesmo tempo inibitória de novas atitudes reveladoras de total descaso e desrespeito perante o consumidor, bem como os precedentes desta Câmara, reduz-se o valor da condenação para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

5 Saliente-se que a correção monetária será feita a partir da data deste julgamento (Súmula 362/STJ). Readequada a condenação, os juros moratórios devem ser contados do dia seguinte ao vencimento do prazo estabelecido no enunciado da Súmula 548 do STJ, o que, no caso em apreço, corresponde a 5 de setembro de 2015, em corroboração ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o dano extrapatrimonial decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes é extracontratual, ainda que a dívida objeto da inscrição seja contratual [...], incidindo os juros de mora a partir do evento danoso nos termos da Súmula nº 54 do STJ” (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 634.369/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 22.8.2017, DJe 6.9.2017). No mesmo sentido, deste signatário: Ap. Civ. n. 0008680-62.2013.8.24.0005, de Balneário Camboriú, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 17.05.2018; Ap. Civ. n. 0002424-71.2014.8.24.0069, de Sombrio, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 14.12.2017, dentre outros.

6 Os honorários advocatícios devem ser fixados em atenção aos critérios estabelecidos no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Dessarte, considerando-se os critérios informados, mantêm-se os honorários ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação ora imposta, considerando, inclusive, o entendimento firmado na jurisprudência de que a fixação de danos morais em valor superior ao pleiteado na inicial não influencia nos ônus de sucumbência.

6 Por todo o exposto, conhece-se dos recursos e dá-se-lhes parcial provimento para diminuir os danos morais para R\$ 10.000,00, e, por força da reforma, readequar os consectários legais, fixando o termo inicial dos juros de mora a partir do evento danoso, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Apelação Cível n. 0313008-68.2014.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Newton Trisotto

DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CANCELAMENTO DE VOO. DANOS MATERIAIS. DESPESAS COM PASSAGENS AÉREAS DE OUTRA COMPANHIA. DANO MORAL. PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE. RECURSO DA DEMANDADA VERSANDO SOBRE SUA RESPONSABILIDADE, INEXISTÊNCIA DOS DANOS (MATERIAL E MORAL) E *QUANTUM* DA COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PARCIALMENTE PROVIDO.

01. Por força do disposto no Código Civil – e, quando for o caso, também no Código de Defesa do Consumidor (art. 14) –, “*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. 186) e “*fica obrigado a repará-lo*” (art. 927, *caput*).

02. Salvo situações excepcionais, o injustificável cancelamento de voo caracteriza “*dano moral merecedor de reparação econômica*” (AgRgAREsp n. 584.804, Min. Moura Ribeiro; REsp n. 1.469.087, Min. Humberto Martins).

03. A lei não fixa critérios objetivos para quantificar pecuniariamente a compensação do dano moral. Ao juiz é atribuída a árdua tarefa de arbitrá-la. Deverá ele ponderar os princípios da equidade (CC, art. 953, parágrafo único), da proporcionalidade e da razoabilidade (CPC, art. 8º) e considerar: *I*) a gravidade do ato ilícito, o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor e a intensidade do abalo psicológico do ofendido; *II*) a capacidade econômico-financeira do ofensor; *III*) o caráter pedagógico da sanção pecuniária – “*dissuadir condutas assemelhadas dos responsáveis diretos, ou de terceiros em condição de praticá-las futuramente*” (REsp n. 631.650, Min. Herman Benjamin); *IV*) que o *quantum* da condenação não pode constituir fonte de injustificável enriquecimento.

04. Nas condenações decorrentes de ato ilícito de natureza contratual os juros de mora incidem da data da citação (CC, art. 405).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0313008-68.2014.8.24.0023, da Comarca da Capital (5ª Vara Cível) em que é apelante SMILES S.A e são apelados Marcelo de Campos Lobo e outro:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 2 de agosto de 2018, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto (Presidente), João Batista Góes Ulysséa e Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 15 de agosto de 2018

Desembargador Newton Trisotto

RELATOR

RELATÓRIO

Marcelo de Campos Lobo e sua mulher, Patrícia Fernandes de Campos Lobo, ajuizaram “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS” contra Smiles S.A.

Apresentadas a contestação (fls. 96/104) e a réplica (fls. 186/195), em 26.06.2015 a Juíza Ana Paula Amaro da Silveira prolatou a sentença. Transcrevo o dispositivo e excertos da fundamentação que revelam as questões de fato e de direito que deram origem ao litígio, notadamente aquelas suscitadas no recurso:

“Isto posto, sentencio o processo com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do CPC, e julgo procedentes os pedidos formulados para:

- a) Condenar a ré a pagar ao autor, a título de danos materiais, a importância de R\$ 9.132,98 (nove mil, cento e trinta e dois reais e noventa e oito centavos), correspondente ao resultado da soma das passagens adquiridas;*
- b) Condenar a ré ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor, a título de reparação por danos morais.*

Sobre os valores deverá incidir juros de mora desde a data do evento danoso, 28/11/2013, (STJ, súmula 54), fixados em 1% ao mês (art. 406, CC), e correção monetária de acordo com a variação do INPC desde a data desta sentença.

Condeno a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% do valor da condenação, à luz do art. 20, § 3º do CPC”.

“Trato de ação de indenização na qual os autores postulam o ressarcimento por danos morais e materiais causados pela suposta má prestação do serviço de transporte aéreo fornecido pela empresa ré.

Segundo colocado em sua peça inaugural, os autores adquiriram duas passagens com saída de Florianópolis para Las Vegas ida e volta e na data da volta, na hora do *check in*, foram surpreendidos com o cancelamento do voo e tiveram que comprar passagens de outra companhia aérea para retornar o Brasil, uma vez que não conseguiram embarcar.

Em contrapartida, a ré afirmou que os autores não compareceram no embarque ou compareceram sem tempo hábil para embarcar, não havendo qualquer alteração ou cancelamento dos voos.

In casu, verifico que o não embarque dos autores no voo da Delta é matéria incontroversa, eis que a ré afirmou no bojo da contestação que os autores deixaram de embarcar por sua culpa exclusiva.

Diante disso, a relação jurídica deverá ser analisada sob a égide das normas consumeristas, haja vista que as partes se amoldam com perfeição ao contido nos artigos 2º e 3º do CDC, os quais conceituam, respectivamente, consumidor e fornecedor de produtos ou serviços.

Neste passo, inverte o ônus da prova, com base no inciso VIII do art. 6º do Estatuto Consumerista, no tocante aos fatos, para verificar se a empresa aérea ré se desincumbiu do dever de afastar as alegações dos autores.

[...]

Além disso, o contrato *sub judice* – transporte aéreo – assume natureza de adesão, circunstância que exige a demonstração de expressa sujeição do consumidor às convenções que limitam o seu direito.

Essa a inteligência do art. 46 e art. 54, ambos do Código de Defesa do Consumidor, onde se condiciona a sujeição do consumidor, nesta espécie de ajuste, não só ao destaque das cláusulas que implicarem limitação de direito, mas também à comprovação de conhecimento prévio do seu conteúdo.

Destaca-se, ainda, que a responsabilidade civil da empresa é objetiva (art. 14 do Código Consumerista), configurando-se tão somente com a demonstração do nexo causal entre as atividades desenvolvidas pelo fornecedor e o dano produzido.

[...]

Com efeito, sendo objetiva a responsabilidade, é irrelevante averiguar a culpa pelo evento danoso para que seja reconhecido o dever de indenizar da companhia aérea.

A procedência do pedido exsurge com a verificação do dano e do nexo causal entre os prejuízos experimentados pelos consumidores e a atividade desenvolvida pela prestadora de serviços.

No caso em tela, no intuito de afastar sua responsabilidade, a ré alegou que não houve cancelamento do voo, mas que os autores compareceram no embarque ou compareceram sem tempo hábil para embarcar.

Entendo que restou comprovada a conduta ensejadora na responsabilidade civil no momento em que a ré não cumpriu com os horários agendados e contratados pelos autores, ou de que uma solução mais adequada não pudesse ter sido proporcionada, que não fosse a jornada em que os autores foram submetidos.

Superada essa questão, passa-se a análise das indenizações postuladas.

No tocante aos danos materiais, para que ocorra o dever de indenizar não basta, 'um ato ou conduta ilícita e o nexo causal; é necessário que tenha havido decorrente repercussão patrimonial negativa material [...] no acervo de bens, no patrimônio de quem reclama' (Sílvio de Salvo Venosa. Direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 271).

O dano material indenizável, dessa forma, é aquele que acarreta uma diminuição no patrimônio, de modo que tal depreciação deve ser comprovada estreme de dúvidas. Inexistindo prova ou sendo ela insuficiente para delimitar o *quantum*, a indenização não é devida.

Na hipótese, pretendem os autores a indenização a título de danos materiais equivalente ao valor de R\$ 9.132,98 (nove mil, cento e trinta e dois reais e noventa e oito centavos), correspondente ao valor da passagem aérea adquirida da empresa American Airlines.

Não pode a ré esquivar-se do pagamento dos valores desembolsados pelos autores, devidamente comprovado nos documentos carreados aos autos.

E, sendo a ré desidiosa na prestação do serviço, deve ser reconhecido o direito dos autores ao ressarcimento dos danos materiais no valor de R\$ 9.132,98 (nove mil, cento e trinta e dois reais e noventa e oito centavos).

Ainda, resta evidente que a conduta da ré gerou dano moral aos autores.

[...]

Percebe-se, pois, que o dano moral se caracteriza por uma ofensa aos direitos da personalidade da parte, em razão da colocação desta diante de situação vexatória ou então de experimentar situação de angústia, chegando ao ponto de lhe perturbar o íntimo.

Nos casos como o em apreço, a jurisprudência já assentou o entendimento de que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, não necessita de prova.

[...]

Além disso, é preciso deixar claro que 'Não obstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no voo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável.' (STJ. REsp 740.968/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior, j- 11/09/07).

Não há, portanto, como sustentar que o desgosto experimentado pelos autores se tratou de mero aborrecimento, uma vez que a situação vivenciada ultrapassa a linha da naturalidade dos fatos do cotidiano, ensejando a devida indenização.

E diante da certeza do dever de indenizar, cabe agora a fixação do quantum devido, a fim de estabelecer uma indenização justa, que não configure enriquecimento ilícito, mas que não perca sua função inibitória da reiteração do ilícito.

[...]

A jurisprudência tem-se orientado em alguns fatores para a fixação do valor da reparação dos danos morais, dentre os quais destaca-se: a) intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do danos; c) a condição pessoal (idade, sexo, etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante.

Desse modo, *in casu*, levando em consideração tais critérios, entendo adequada a fixação dos danos morais em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor, quantia que é apta a servir de advertência à ré para que seja mais diligente em seus serviços, bem como é justa a compor o gravame da vítima” (fls. 196/203).

Não se conformando com o veredicto, a ré interpôs apelação, sustentando, em síntese, que: a) “a responsabilidade sobre os fatos narrados na presente ação é exclusiva da parte apelada, uma vez que prestou todas as informações necessárias para que os apelados tivessem uma viagem tranquila, mas os mesmos não seguiram as instruções prestadas, o que ocasionou o ‘no show’ alegado”. Assim, “qualquer dano suportado pelos apelados decorreu de própria conduta, uma vez que não compareceram ao aeroporto dentro do horário correto para realizar o procedimento de ‘check in’ e embarque”; b) “é cediço que os danos materiais não podem ser presumidos, posto que devem ser efetivamente comprovados a fim de impedir o enriquecimento ilícito, o que, contudo, não ocorreu na hipótese dos autos”; c) “os fatos narrados não são capazes de gerar qualquer dano moral aos apelados. E, mesmo que assim não fosse, eventuais danos deveriam ser comprovados sob pena de se impor uma responsabilidade fundada no RISCO INTEGRAL, a qual o Código de Defesa do Consumidor não previu”; d) “a indenização concedida à parte apelada pelo juízo a quo na absurda quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada apelado, configura, sem dúvidas, o enriquecimento indevido, devendo haver redução, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade” (fls. 207/222).

Na resposta, os autores/apelados pugnam pela manutenção da sentença (fls. 190/193).

VOTO

01. Satisfeitos os requisitos legais relacionados com a tempestividade, preparo, dialeticidade, interesse e regularidade da representação processual, conheço do recurso.

02. A relação negocial entre as partes submete-se às regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

– “São direitos básicos do consumidor” (art. 6º): “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (inc. VI); “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (inc. III).

– “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (art. 14).

– “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47).

Insistentemente tenho afirmado:

I) Nas causas relacionadas a direito do consumidor, deve o juiz observar que “*toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma. Descabe a fixação de alcance de modo a prejudicar aquele que a norma almeja proteger*” (AgRgAI n. 218.668, Min. Marco Aurélio de Mello).

II) Não só as leis que tratam da proteção ao consumidor e as cláusulas do contrato (CDC, art. 47), mas os fatos e as provas a estes pertinentes devem ser interpretados em seu benefício, pois é a ele que a “*norma almeja proteger*”.

III) “*Fundamental entender que a cláusula não será lida de forma mais favorável ao consumidor, mas será interpretada de forma mais favorável. Esse esclarecimento é necessário porque há diferença significativa entre a mera leitura e a interpretação, atos cuja similaridade é só superficial, e que empregam processos de raciocínio essencialmente diversos. Interpreta-se quando há espaço para dúvidas, quando há indefinições, e o art. 47 não pode nem deve ser lido (ou interpretado) como se pretendesse que toda e qualquer cláusula contratual seja favorável ao consumidor. Em todos os contratos há – e tem de haver – cláusulas que impõem ônus e deveres aos consumidores, e se a imposição desses ônus tiver sido feita de maneira clara e facilmente inteligível, não haverá como interpretar a cláusula que os prevê favoravelmente ao consumidor. Dessa afirmativa não se conclui que o ônus contratual imposto pela cláusula seja necessariamente válido, mas apenas que o controle de validade do conteúdo não será feito com base no art. 47, podendo ser aplicáveis outros dispositivos encontrados no Código (direito de revisão/modificações, proibições de abusividade, direito à informação prévia e adequada etc.)*” (Orlando Celso da Silva Neto, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, Forense, 2013, p. 609/610).

IV) “*Defender os consumidores não pode significar tomar partido sistematicamente por eles, como se o direito se preocupasse unicamente com eles, ou pior ainda, como se fossem estes que estivessem sempre certos. Protegê-los significa essencialmente ser necessário impedir que sejam vítimas de abusos nas relações com os fornecedores. É preciso não cair no exagero de imaginar que a proteção significa que os interesses dos consumidores sejam sistematicamente sobrepostos aos dos fornecedores: o que se procura é somente alcançar razoável equilíbrio entre uns e outros*” (Fernando Noronha, *Significado da tutela do consumidor e suas limitações*, Informativo Incijur, n. 61, agosto/2004).

V) “*Nem mesmo nas hipóteses de obrigação de resultado e de responsabilidade objetiva se pode cogitar do dever de indenizar sem prova suficiente da relação de causalidade*” (STJ: T-3, AgRgREsp n. 1.362.240, Min. Sidney Benetti; T-4, AgRgREsp n. 1.385.734, Min. Luis Felipe Salomão; STF: RE n. 109.615, Min. Celso de Mello).

VI) Nas relações jurídicas submetidas ao Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade

do fornecedor do produto ou do prestador do serviço é **objetiva** e, eventualmente, solidária (art. 7º, parágrafo único). Consequentemente, cumpre ao autor (consumidor) provar apenas o dano e o nexo de causalidade; ao réu (fornecedor do produto ou prestador do serviço), provar a ausência de nexo causal, culpa exclusiva do consumidor, força maior ou caso fortuito.

03. Como enfatizado por Sergio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não havendo que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc.–, o dano constitui seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem danos, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa” (Programa de responsabilidade civil, Malheiros, 2000, 2ª ed., p. 70).

O dano moral decorre de “lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III)” (Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, Saraiva, 2014, 28ª ed., v. 7, p. 112; Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, Método, 2001, 3ª ed., p. 102/103; Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, Max Limonad, 1957, 1ª ed., v. XII, tomo II, p. 540; Wilson de Mello, *O dano moral e sua reparação*, Forense, 1983, 3ª ed., p. 2).

Quando extrapatrimonial, “não há falar em prova do dano”, mas tão só “na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam” (REsp n. 86.271, Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp n. 23.575, Min. Cesar Asfor Rocha; REsp n. 233.076, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 471.159, Min. Aldir Passarinho Junior).

Provado o ato ilícito, contratual ou extracontratual, competirá ao juiz dizer se há ou não dano moral com magnitude de modo a justificar uma compensação pecuniária. Para tanto, está autorizado a aplicar “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (CPC, art. 335; STJ: T-4, AgRgREsp n. 810.779, Min. Maria Isabel Gallotti; T-3, AgRgAg n. 1.295.732, Min. Vasco Della Giustina). Deverá, ainda, sopesar os princípios da equidade (CC, art. 953, parágrafo único), da proporcionalidade e da razoabilidade (CPC, art. 8º).

Reconhecem e alertam os doutrinadores e o Superior Tribunal de Justiça que:

I) À configuração do dano moral “não basta qualquer contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento, sob pena de ensejar a sua banalização. Só pode ser considerado como tal a agressão que atinja o sentimento pessoal de dignidade, que, fugindo à normalidade, cause sofrimento, vexame e humilhação intensos, alteração do equilíbrio psicológico do indivíduo, duradoura perturbação emocional, tendo-se por paradigma não o homem frio e insensível, tampouco o de extrema sensibilidade, mas sim a sensibilidade ético-social comum” (Sergio Cavalieri Filho, *Visão constitucional do dano moral*, Revista Cidadania e Justiça, n. 06, 1º sem./1999, p. 206/211; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, Saraiva, 2014, 15ª ed., p. 500/501; Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, RT, 2001, 5ª ed., p. 1.381).

II) “Não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor” (STJ: T-3, REsp n. 1.329.189, Min. Nancy Andrighi; T-4, AgRgREsp n. 1.470.844, Min. Marco Buzzi; T-3, REsp n. 1.399.931, Min. Sidnei Beneti; T-4, REsp n. 1.232.661, Min. Maria Isabel Gallotti; T-1, AgRgREsp n. 429.361, Min. Olindo Menezes; T-2, AgRgAgREsp n. 478.417, Min. Herman Benjamin).

III) Em regra, “o simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de um plus, uma consequência fática capaz, essa sim, de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade” (STJ: T-4, REsp n. 656.932, Min. Antônio Carlos Ferreira; T-3, AgAgRgAgRgREsp n. 1.488.154, Min. Moura Ribeiro).

Enfatizo: na avaliação dos fatos, na definição da existência ou não do dano moral, é necessário ter “por paradigma não o homem frio e insensível, tampouco o de extrema sensibilidade, mas sim a sensibilidade ético-social comum” (Sergio Cavalieri Filho).

04. Examino o recurso à luz das premissas jurídicas estabelecidas e das lições hauridas da doutrina e da jurisprudência.

Pelas razões que passo a alinhar, tenho que a sentença deve ser mantida, salvo em relação ao *quantum* da compensação do dano moral.

04.01. Traslado excertos da petição inicial e da contestação:

– Petição inicial:

“01. Visando gozar as férias do trabalho, os autores adquiriram da empresa ré passagens aéreas para os Estados Unidos.

02. A viagem de ida estava programada com o percurso de Florianópolis - Las Vegas no dia 19.11.2013 (localizador OSMTOH) e a volta Las Vegas - Florianópolis no dia 28.11.2013 (localizador HOPNE).

03. A viagem transcorreu normalmente até o dia 28.11.2013, quando para surpresa dos autores, ao fazer o seu CHECK IN de volta para casa, no balcão da empresa Delta Airlines (parceira da ré) em Las Vegas, foram surpreendidos pela informação de que os bilhetes haviam sido cancelados pela GOL/SMILES.

04. Incrédulos com a situação, os autores entraram em contato com a central de atendimento SMILES nos EUA, através do telefone informado no site da empresa: 1-800-468-2744, que apesar de brasileira, somente dispõe de atendimento somente em inglês e espanhol (?).

05. Assim, mesmo com a dificuldade da língua, os autores narraram em ‘espanhol’ para o atendente todo o ocorrido, sendo por este informado que estava ‘tudo certo’ e que não haviam problema para embarque dos autores no voo da Delta, bastando informar para atendente da Delta o Localizador G9ZHZ5 e o número dos bilhetes 1272150426538 e 1272150426539.

06. Ledo engano, pois ao retornarem ao balcão da Delta, foram novamente informados de que os bilhetes realmente haviam sido cancelados pela GOL/SMILES.

07. Diante do desespero dos autores, agravado pela dificuldade de comunicação, eis que os autores não dominam a língua inglesa, a atendente da Delta se ofereceu para entrar em contato por telefone com a SMILES para tentar resolver a situação, eis que o horário de embarque estava terminando.

08. Entretanto, mesmo fornecendo todos os dados dos autores, a tendente da Delta foi impedida pelo atendente

da central Smiles de interceder em favor dos autores, pois este se recusava a falar com terceira pessoa, não obstante que tenha sido explicado que os autores não dominavam o inglês e assim não conseguiriam se comunicar de maneira satisfatória.

09. Desta forma, os autores novamente ligaram para a central de atendimento Smiles e através do atendimento em espanhol e informaram todo o ocorrido, novamente. Após muita espera na linha telefônica, o atendente disse que havia entrado em contato com a central Smiles no Brasil e perguntou se os autores haviam recebido um e-mail para confirmar o cartão de crédito, sendo informado que não, somente um e-mail no dia 27.11.2013 confirmando o itinerário da volta (anexo), bem como, que uma semana antes do início da viagem o autor ligou para central Smiles e foi informado que o mesmo 'poderia viajar tranquilo que está tudo confirmado', momento em que o foi informado pelo atendente da central Smiles que ele não poderia fazer nada pelos autores, a não ser anotar a reclamação (!!!!).

10. DIANTE DA NEGATIVA DA RÉ NA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA POR ELA CAUSADO, OS AUTORES FORAM IMPEDIDOS PELA DELTA DE EMBARCAR NO VOO PROGRAMADO, FICANDO NO AEROPORTO DE LAS VEGAS, COM AS MALAS NA MÃO.

11. ATERRORIZADOS COM A SITUAÇÃO E TOTALMENTE DESAMPARADOS, os autores passaram a percorrer as companhias aéreas do aeroporto para comprar as passagens de volta para casa (!!!), sendo a empresa América Airlines, a empresa que oferecia a passagem mais barata, USD\$ 3.700,54, para o casal em classe econômica.

12. Não restando outra opção, para voltar para casa, os autores adquiriram as passagens aéreas pela American Airlines, conforme se infere dos comprovantes em anexo, que totalizaram o valor de R\$ 9.132,98, com as taxas e impostos.

13. Voltando ao Brasil, os autores entraram em contato com a central Smiles por diversas vezes para pedir o ressarcimento da passagem e ao invés de receberem um tratamento adequado e o reembolso pelo erro cometido, passaram a receber respostas totalmente desconexas com os fatos, conforme se inferem dos documentos em anexo.

14. ASSIM EXA., COMO SE NÃO BASTASSE O FATO ATERRORIZADOR QUE A RÉ CAUSOU AO AUTORES, AO OS DEIXAREM IMPEDIDOS DE VOLTAR PARA CASA, APESAR DA PASSAGEM REGULARMENTE EMITIDA, A EMPRESA RÉ AGRAVOU AINDA MAIS O DANO AO NÃO RESSARCIR OS AUTORES, FULMINANDO COM O 13º SALÁRIO DO PRIMEIRO AUTOR, QUE É FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E TEVE QUE PAGAR A FATURA NO DIA 25.12.2013, COM EVIDENTE PREJUÍZO PARA SÍ E SUA FAMÍLIA!!!

15. EM DECORRÊNCIA DA SUA EXCLUSIVA DESÍDIA, A SMILES, QUE NÃO CUMPRIU COM SUA PARTE NO CONTRATO, ABANDONANDO OS AUTORES EM OUTRO PAÍS, SEM QUALQUER ASSISTÊNCIA, NÃO DEIXOU PARA OS AUTORES OUTRA SOLUÇÃO, SENÃO, A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO, PARA RESSARCIMENTO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS SUPOSTOS EM DECORRÊNCIA DE SUA NEGATIVA PARA O RESSARCIMENTO AMIGAVELMENTE.

[...]” (fls. 02/05).

– Contestação:

“[...]

10. No caso em tela, cumpre salientar que não houve qualquer irregularidade cometida pela empresa ré.

11. Consta dos sistemas da empresa ré que a parte autora embarcou normalmente no voo de ida.

[...]

12. Já para o voo de volta consta que a parte autora não compareceu ao embarque ou compareceu sem tempo hábil para o mesmo, ou seja, restou caracterizada a hipótese de NO SHOW, conforme se vê da tela extraída do sistema da ré:

[...]

13. Importante salientar que, de acordo com os registros mantidos pela ré, não houve qualquer alteração ou cancelamento dos voos contratados pela parte autora, não havendo motivo para que não comparecesse ao embarque.

[...]

14. Sendo assim, resta clara a culpa exclusiva da autora, tendo em vista que não compareceu ao embarque ou não se apresentou ao mesmo em tempo hábil para sua realização, ocasionando a perda do voo em função de sua própria conduta.

15. Dessa forma, resta evidente que não há ‘e nem houve’ qualquer irregularidade no proceder da empresa ré, que emitiu as passagens normalmente, garantindo à parte autora seu embarque nos voos contratados, tudo em total consonância com as normas pátrias que regem a aviação civil e o transporte de passageiros.

[...]” (fls. 96/104).

04.02. Tangencia a má-fé a afirmação da apelante de que ocorreu o “*no show*”. Vale dizer: que os autores não compareceram em “tempo hábil” para o embarque.

O denominado “*no show*”, conforme se infere da tela do sistema juntada aos autos (fl. 99), ocorreu no trecho Guarulhos–Florianoópolis. O fato ocorreu porque não tiveram condições de retornar de Dallas (EUA) para Guarulhos (BRA) em tempo para a conexão.

04.03. Para a Juíza Ana Paula Amaro da Silva, “*restou comprovada a conduta ensejadora na responsabilidade civil no momento em que a ré não cumpriu com os horários agendados e contratados pelos autores, ou de que uma solução mais adequada não pudesse ter sido proporcionada, que não fosse a jornada em que os autores foram submetidos*”.

Concordo com Sua Excelência.

Acrescento que a versão dos autores encontra respaldo nos documentos de fls. 12/90.

Em casos que guardam relativa similitude com o *sub examine*, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

– “*Em virtude de cancelamento de voo em contrato de transporte aéreo, fica configurado o dano moral merecedor de reparação econômica*” (AgRgAREsp n. 584.804, Min. Moura Ribeiro).

– “*A malha aérea concedida pela ANAC é oferta que vincula a concessionária a prestar o serviço nos termos dos arts. 30 e 31 do CDC. Independentemente da maior ou menor demanda, a oferta obriga o fornecedor a cumprir o que ofereceu, a agir com transparência e a informar adequadamente o consumidor. Descumprida a oferta, a concessionária viola os direitos não apenas dos consumidores concretamente lesados, mas de toda a coletividade a quem se ofertou o serviço, dando ensejo à reparação de danos materiais e morais (inclusive, coletivos)*” (REsp n. 1.469.087, Min. Humberto Martins).

04.04. Está comprovado que os autores tiveram que despender US\$ 3.700,54 (três mil e setecentos dólares americanos e cinquenta e quatro centavos) para adquirir, de outra companhia aérea, as passagens para retorno ao Brasil (fls. 89/90).

Em suma: os fatos narrados na petição inicial revelam que os autores, além do dano material (despesas com aquisição de passagens aéreas), não foram submetidos apenas a “*meros aborrecimentos*”. Como referido na sentença, “*a situação vivenciada ultrapassa a linha da naturalidade dos fatos do cotidiano, ensejando a devida indenização*”.

05. A lei não estabelece critérios objetivos para a quantificação pecuniária do dano moral. O Código Civil limita-se a dispor:

“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.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Ao juiz é atribuída “*a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários*” (Humberto Theodoro Júnior, *Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*, RT 662/7-17).

Cabe-lhe considerar que:

– “*Deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante*” (Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, RT, 1999, 3ª ed., p. 233; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, Saraiva, 2002, 16ª ed., p. 95; Américo Luís Martins da Silva, *Dano moral e sua reparação civil*, RT, 2012, 4ª ed., p. 456/462).

– “*A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos*” (REsp n. 1.440.721, Min. Maria Isabel Gallotti).

– “*Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de*

quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado” (REsp n. 1.374.284, Min. Luis Felipe Salomão).

– *“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 desencorajada 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. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa”* (RE n. 447.584, Min. Ministro Cezar Peluso).

In casu, o *quantum* da condenação corresponde, na data de hoje, a aproximadamente R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais) para cada autor.

Para o Superior Tribunal de Justiça, *“mostra-se razoável a fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos dois passageiros em reparação do dano moral pelo atraso no voo que impossibilitou que eles cumprissem o itinerário previamente contratado”* (AgRgAREsp n. 656.877, Min. Moura Ribeiro).

Há precedentes da Câmara adotando esse mesmo patamar (AC n. 0300275-84.2015.8.24.0007, Des. João Batista Góes Ulysséa; AC n. 0327641-50. 2015.8.24.0023, Des. Sebastião César Evangelista; AC n. 0312335-41.2015.8. 24.0023, Des. Rubens Schulz).

06. À vista do exposto, dou provimento parcial ao recurso para reduzir o *quantum* da compensação pelo dano moral, devida a cada um dos autores, para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que deverá ser acrescida, desta data, de correção monetária, de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), e de juros de mora (1%), contados da citação (CC, art. 405).

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0300356-36.2017.8.24.0242, de Ipumirim

Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, SOB O FUNDAMENTO DE INAPLICABILIDADE DA LEI NACIONAL AOS NASCIDOS EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA QUE AUTORES NASCERAM NO BRASIL. FAMÍLIA HUMILDE QUE LABORA EM ASSENTAMENTOS PRÓXIMOS AO PARAGUAI. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO DOS FILHOS EM RAZÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS E CARÊNCIA DE INFORMAÇÕES. GENITORES ANALFABETOS. MÃE QUE SÓ OBTÉM DOCUMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO AOS QUARENTA E SEIS ANOS. CASO CONCRETO QUE DEMANDA ANÁLISE DESAPEGADA DE RIGORISMO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA QUE ADMITE O JULGAMENTO POR EQUIDADE. POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300356-36.2017.8.24.0242, da comarca de Ipumirim Vara Única em que são Apelantes J. P. B e outro, representados pelos genitores.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Sem custas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 27 de novembro de 2018.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato

Relator

RELATÓRIO

J. P. B. e J. V. B., representados por seus genitores E. M. S. e V. B., ajuizaram ação de registro de nascimento tardio perante a Vara Única da comarca de Ipumirim, alegando, em suma, que são adolescente e criança nascidos, respectivamente, em 29.01.2004 e 07.12.2008. Sustentaram que seus pais, brasileiros natos, sempre viveram em local remoto, de difícil acesso e que, por isso, não procederam tempestivamente ao registro de seu nascimento, ocorrido no Estado do Paraguai. Nesses termos, requereram a formalização de seus assentos civis, na forma da lei (fls. 01-05).

A juíza oficiante determinou procedessem os autores à emenda da inicial (fl. 08), ao que eles atenderam (fls. 11-14).

O Ministério Público ofertou manifestação, opinando pela intimação da parte autora para prestar esclarecimentos acerca da cidade e local de nascimento dos menores, bem como proceder a juntada de documentos elencados às fls. 21-22.

O juízo acatou as solicitações ministeriais, determinando a intimação dos autores por meio do despacho de fl. 23. Todavia, antes da publicação do sobredito ato, a Magistrada sentenciou o feito, julgando improcedente o pleito formulado na inicial (fls. 24-30).

Os autores interpuseram recurso de apelação (fls. 36-45), alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, porquanto o juízo nem sequer oportunizou a produção probatória e, de maneira contraditória, julgou improcedente o pedido por ausência de provas. No mérito, defenderam a modificação da decisão combatida, na medida em que não podem ser privados do registro civil de nascimento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, manifestou-se pelo acolhimento da preliminar, a fim de que a sentença seja anulada e o feito seja remetido à origem para o regular processamento.

Os autos vieram conclusos a este Relator em 14.11.2018.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

De início, a preliminar de cerceamento de defesa não merece apreciação, na medida em que o mérito pode ser decidido de modo favorável aos apelantes. Nesse viés, repisa-se 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).

Desse modo, tendo em conta que o pleito formulado comporta acolhimento, conforme será analisado abaixo, mostra-se desnecessário o exame da preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, conforme já dito, o feito versa sobre a possibilidade de registro tardio de nascimento de uma criança e um adolescente, nascidos, respectivamente, em 07.12.2008 e 29.01.2004. O pleito foi indeferido pela Juíza sentenciante que entendeu que os menores nasceram em território estrangeiro, o que afasta a aplicação da legislação pátria, notadamente porque os autores não se encaixam nas situações previstas no art. 12, alíneas b e c, da Constituição Federal.

Todavia, embora a Magistrada de origem tenha consignado ser “inconteste” que o nascimento dos autores ocorreu no Paraguai, o exame dos autos não corrobora a afirmação.

Na exordial ficou consignado que os pais dos autores “são casados e residiam em Assentamentos, no Estado do Paraguai. Desse relacionamento nasceram os filhos J.P.B. e J.V.B”. Veja-se que em nenhum momento restou declarado que os autores nasceram fora do Brasil, situação que deveria ter sido objeto de análise da Magistrada, mediante intimação para esclarecimento ou a designação de audiência de instrução e julgamento.

Em sede recursal, entretanto, a dúvida, foi esclarecida, na medida em que sobreveio aos autos o Estudo Social de fls. 49-57, realizado por assistente social do Município de Arabutã, a pedido do Procurador Municipal.

No contato realizado com a assistente social os genitores foram enfáticos ao afirmar, mais de uma vez, que os autores nasceram em território brasileiro, mais precisamente no Município de Japorã/MS. Os demandantes, contudo, não foram registrados, conforme certidão negativa de fl. 55. Assim, tendo nascido em território nacional, os demandantes devem ser registrados, nos exatos termos do at. 50 da Lei 6.015/73:

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Ademais, o sobredito estudo social revela o que já era evidenciado pelos documentos amealhados aos autos. A família em questão é extremamente simples, sendo que ambos os genitores não são alfabetizados (fls. 13-14) e passaram boa parte da vida trabalhando como “boias-frias”, morando em assentamentos, tendo como lar “barracos” de lona em chão batido, em municípios vizinhos ao Paraguai. A genitora só conseguiu emitir documentos de identificação em meados de 2016, quando já contava com 46 (quarenta e seis) anos, por meio da assistência social de Arabutã/SC (fl. 50).

O estudo social dá conta, ainda, de que os autores nasceram em casa, sem assistência de profissionais da saúde, com auxílio de uma “parteira” que também fazia as vezes de médica, pois, no relato do genitor ela era “benzedeira e curava muitas crianças e adultos de várias doenças” (fl. 51). Disseram os genitores, ainda, que quando necessário atendimento médico as crianças eram levadas ao Posto de Saúde de Japorã/MS em que não eram exigidos documentos (fl. 52).

Nesse passo, a sentença objurgada, deixou de observar o direito aplicável (art. 50, da Lei 6.015/73), pois partiu da premissa equivocada (e apressada) de que os nascimentos não ocorreram em território nacional. Mas, acima de tudo, a decisão em tela, data vênua, foi proferida sem a preocupação com seus efeitos práticos.

É que, consta na fundamentação da sentença que “o princípio da dignidade humana não podem ensejar o descumprimento das regras de envergadura constitucional sobre nacionalidade” (fl. 29) e que “assim como a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, a soberania também o é, e representa “um poder político supremo e independente, entendendo-se outro na ordem interna (...)” (fl. 28).

No conflito entre os dois princípios, entendeu a sentenciante que a soberania deve preponderar. Os fundamentos são válidos e isto não se pode negar. O caso concreto, entretanto, reclama uma análise mais acurada.

Veja-se que a juíza destacou que compete aos autores pleitearem o registro perante a autoridade estrangeira ou, pedirem naturalização brasileira após 15 (quinze) anos morando no Brasil, mas, em todo caso, terão que ter um registro de nascimento do país de origem (fl. 26).

A solução é exageradamente apegada à literalidade da lei e deixa de observar que o procedimento de jurisdição voluntária permite o abrandamento da interpretação, pois “o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (CPC, art. 723, parágrafo único).

Sobre o dispositivo acima transcrito, afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que “a lei processual concede ao juiz a oportunidade de aplicação de princípios de equidade, ao arrepio da legalidade estrita, podendo decidir escorado na conveniência e oportunidade, critérios próprios do poder discricionário, portanto inquisitorial, bem como de acordo com o bem comum” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1557).

Nessa ordem de ideias, a manutenção da sentença significa, permitir que os apelantes permaneçam sem seus respectivos registros de nascimento, impedindo-os de frequentarem de modo regular a escola, de participarem das atividades em outros Municípios (conforme consta à fl. 52), de terem empregos futuramente, de participarem dos pleitos eleitorais, enfim, de exercerem os direitos mais básicos de qualquer cidadão e de modo especial da criança e do adolescente.

Não é demais lembrar aqui que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante **absoluta prioridade** na efetivação dos direitos à vida, saúde, educação, dentre outros (ECA, art. 4º) .

Outrossim, a solução encontrada pela juíza (obtenção das certidões no Paraguai) esbarra nas limitações financeiras e de informação da família. Como determinar que cidadãos analfabetos e pobres demandem em outro país pelo registro de nascimento dos filhos?

Além do mais, como já se viu, os menores nasceram no Brasil e podem e devem aqui serem registrados.

Dessarte, a desídia dos genitores do apelantes - justificável por se tratarem de pessoas humildes e pouco instruídas - não pode suplantar seu direito ao exercício da cidadania, garantida pelo texto constitucional.

Imperioso destacar, ainda, que inexistem indícios de que haja na pretensão deduzida reflexos pessoais, civis ou sociais negativos, os quais possam macular a ordem pública e o bem comum.

O pedido busca apenas registrar o nascimento de uma criança de 09 anos e um adolescente de 14 anos e com isso permitir que exerçam seu direitos de serem educados, atendidos em estabelecimentos de saúde, e tenham uma existência digna, como manda a Constituição Federal em seu art. 227.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO APTO AO DEFERIMENTO DO PEDIDO. OBRIGATORIEDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO (ART. 50 DA LEI 6.015/73). DIREITO AO NOME. EXERCÍCIO DA CIDADANIA. RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O registro do nascimento, mesmo tardio, ante o conjunto probatório coerente e seguro, deve ser garantido ao indivíduo, tanto mais porque obrigatório o registro de todas as pessoas naturais nascidas em território nacional,

como dispõe o art. 50, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), até porque a dignidade da pessoa humana é princípio constitucionalizado (art. 1º, inc. III, da CF).

2. Não é razoável penalizar pessoa humilde negando-lhe o registro de nascimento, ainda que tardio, privando-a do livre exercício da cidadania, até porque a concretização do direito ao nome têm sido amplamente incentivada através de campanhas governamentais objetivando o assentamento no registro civil de todos os cidadãos brasileiros, cujo procedimento, aliás, nem mesmo precisa ser judicial (do art. 46 da Lei n. 6.015/1973 e Lei n. 11.790, de 2.10.2008) (TJSC. AC n. 342377 SC 2006.034237-7, Rel. Eládio Torret Rocha, j. 20.01.2009).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO - COMPROVAÇÃO DO NASCIMENTO NO BRASIL - HISTÓRICO FAMILIAR DEMONSTRANDO NACIONALIDADE BRASILEIRA DA MÃE E IRMÃOS - PROVA TESTEMUNHAL CORROBORANDO A PROVA DOCUMENTAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Diante da comprovação das alegações constantes da inicial, deve ser determinado o registro de nascimento tardio em observância do princípio da dignidade da pessoa humana. **No caso em apreço é possível observar a existência de documentos que permitem aferir o histórico familiar do autor, os quais são elementos suficientes a evidenciar seu nascimento no Brasil.** Restou comprovado que a genitora é brasileira, nascida no Estado do Rio Grande do Sul, bem como sua ascendência (avós paternos e maternos) e que os dois irmãos mais velhos do apelante são brasileiros e também nascidos na cidade de Foz do Iguaçu-PR, local de nascimento alegado pelo autor. **Soma-se a isso o fato da genitora do apelante ser pessoa humilde e sem instrução, o que resta evidenciado, desde logo, pela profissão de doméstica descrita nos documentos acostados à inicial.** Por fim, corrobora todas essas informações os depoimentos das testemunhas, as quais são unânimes em afirmar como local de nascimento do apelante a cidade de Foz do Iguaçu-PR, sendo que duas delas confirmam os prejuízos e sofrimento do rapaz com a ausência de registro de nascimento, principalmente diante da impossibilidade de estudar. 2. Portanto, **diante das provas coligidas, manter a sentença com a negativa do registro de nascimento ao apelante, significa desprezar o princípio da dignidade humana, pois, ao que consta, é pessoa humilde, de pouca instrução e estará fadada a terminar os seus dias no anonimato, sem qualquer registro de sua existência.** (TJ-MS. AC n. 0001602-85.2011.8.12.0016, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 07/10/2014 – sem grifo no original).

Frente a esse quadro, o provimento do recurso para a reforma da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, vota-se no sentido de dar provimento ao recurso para o fim de reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial de registro tardio de nascimento dos apelantes, conforme informações de fl. 55.

Apelação Cível n. 0301369-89.2014.8.24.0011, de Brusque

Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA PERANTE OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÉBITO ORIUNDO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DEVIDAMENTE QUITADO EM QUE A AUTORA FIGURAVA COMO FIADORA. PRETENDIDO O AUMENTO DO MONTANTE ATRIBUÍDO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DA CÂMARA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA A INCIDIR DESDE O ARBITRAMENTO E JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301369-89.2014.8.24.0011, da comarca de Brusque (vara cível) em que é Apelante Léia Aparecida Hyrcó da Silva e Apelado Banco Bradesco S/A:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para: a) aumentar a indenização por danos morais para R\$ 25.000,00; b) majorar o percentual fixado a título de honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação; c) e, de ofício, adequar os consectários legais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2018.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Rita

RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Léia Aparecida Hyrcó da Silva contra a sentença proferida pelo MM. Juiz Substituto da Vara Cível da comarca de Brusque que, nos autos da *ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais com pedido de antecipação dos efeitos da tutela* proposta pela apelante em desfavor de Banco Bradesco Financiamentos S/A, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida e julgou procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inexistência do débito objeto da inscrição e condenar o réu ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), além do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 66-70 do SAJ/PG).

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que figurou como fiadora em um contrato de financiamento entabulado com o requerido e que, mesmo tendo o devedor principal quitado devidamente o débito, teve seu nome inserido indevidamente perante os órgãos de proteção ao crédito. Requer, assim, a majoração do valor atribuído a título de danos morais e de honorários advocatícios (fls. 74-87 do SAJ/PG).

Com contrarrazões às fls. 91-98 do SAJ/PG.

O feito foi encaminhado para o Núcleo de Conciliação deste Tribunal, restando prejudica a composição em razão da ausência da parte ré (fl. 24).

Conclusos, vieram os autos para julgamento.

VOTO

O apelo se restringe ao *quantum* fixado a título de indenização por danos morais, bem como ao montante arbitrado para fins de remuneração dos causídicos da demandante.

Pois bem.

É consabido que em matéria de danos morais a lei civil não fornece critérios específicos para a fixação do valor da indenização. Por isso a jurisprudência tem optado por confiar ao prudente arbítrio do magistrado essa missão de estipular um valor para amenizar a dor alheia.

Desse modo é que se tem fixado o *quantum* indenizatório de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando em conta, sobretudo: o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; a intensidade do sofrimento psicológico gerado; a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato ilícito não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa, nem irrisória, que não chegue a propiciar uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico.

Nesse passo, atentando-se para os critérios acima alinhavados e dando eficácia aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como levando em consideração o fato de que a indenização tem de servir como sanção para que a conduta não seja reiterada, mas, ao mesmo tempo, não pode causar enriquecimento ilícito, tem-se que o montante fixado em sentença deve ser majorado para a quantia equivalente a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a qual se revela adequada para eufemizar as consequências do evento lesivo, reprimindo suficientemente o responsável.

Além disso, tal quantia melhor condiz com os parâmetros desta Câmara para casos similares (conforme apelação n. 0301853-18.2017.8.24.0135, de Navegantes, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 29.10.2018 e apelação n. 0300882-89.2015.8.24.0042, de Maravilha, rel. Des. Saul Steil, j. 31.07.2018).

Quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais, pugna a recorrente pela sua majoração, tendo em vista que, em primeiro grau, foram fixados no patamar mínimo de 10% sobre o valor da condenação.

Como se nota, a lide não ostenta discussão jurídica complexa, tampouco atividade processual extenuante, restringindo-se a atuação dos procuradores da autora basicamente à inicial e ao recurso de apelação. Por outro lado, não se pode olvidar que os causídicos atuaram diligentemente durante todo o trâmite da demanda.

Assim, atendendo à disposição legal que disciplina o assunto (art. 20, § 3º do CPC/1973), entende-se devida a majoração do estipêndio advocatício para 15% sobre o valor da condenação.

De ofício, devem ser adequados os consectários legais, a fim de que a correção monetária seja calculada a partir desta data, diante da alteração do valor indenizatório, nos termos da Súmula n. 362 do STJ, e os juros de mora incidam desde a citação, tendo em vista se tratar de dano oriundo de descumprimento contratual, nos moldes do art. 405 do CC.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso para: a) aumentar a indenização por danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); b) majorar o percentual fixado a título de honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação; e c) adequar, de ofício, o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora.

Deixa-se de fixar honorários recursais por ter sido a sentença de primeiro grau publicada antes da entrada em vigor do NCPC, conforme Enunciado Administrativo n. 7 do STJ.

Agravo de Instrumento n. 4008974-85.2018.8.24.0000, de Curitibaanos

Relator: Desembargador Saul Steil

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA-CORRENTE DO EXECUTADO. DECISÃO QUE ACOLHE PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO E DETERMINA A LIBERAÇÃO TÃO SOMENTE DO VALOR EQUIVALENTE AO SALÁRIO DA ESPOSA DO DEVEDOR, QUE COM ELE MANTÉM CONTA CONJUNTA. RECURSO DO EXECUTADO.

ALEGADA IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DE VERBAS SALARIAIS E DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA POUPANÇA. INSUBSISTÊNCIA. VALORES EM EXECUÇÃO QUE, EM GRANDE PARTE, SÃO REFERENTES A PENSIONAMENTO POR MORTE, POSSUINDO NATUREZA ALIMENTAR. CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA A PRERROGATIVA DA IMPENHORABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 833, §2º, DO CPC. CONSTRIÇÃO QUE, QUANTO ÀS VERBAS SALARIAIS DO AUTOR, DEVE FICAR LIMITADA AO IMPORTE DE 30%. SOBRES SALARIAIS E RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES EM POUPANÇA QUE PODEM SER PENHORADOS EM SUA TOTALIDADE. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO, OUTROSSIM, DAS VERBAS PERTENCENTES À ESPOSA DO AGRAVANTE. CÁLCULOS QUE REVELAM BLOQUEIO EXCESSIVO DE VALORES NA ORIGEM. REDUÇÃO DEVIDA, COM IMEDIATA LIBERAÇÃO DO EXCEDENTE. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4008974-85.2018.8.24.0000, da comarca de Curitibaanos 1ª Vara Cível em que é/são Agravante(s) Amilton Ricardo Gomes da Luz e outro e Agravado(s) Valdomiro Borges Xavier.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 28 de agosto de 2018.

Desembargador Saul Steil

Relator

RELATÓRIO

Amilton Ricardo Gomes da Luz interpôs agravo de instrumento em face de decisão que, nos autos do cumprimento de sentença n. 0000770-06.2008, que lhe move Valdomiro Borges Xavier, acabou por manter a constrição de R\$ 3.960,42 do total de R\$ 5.260,42 que haviam sido bloqueados em sua conta corrente.

Alega que os valores penhorados são provenientes de rendas salariais suas e de sua esposa, mantidas em conta conjunta, dotadas, portanto, de impenhorabilidade, nos termos do art. 833, IV, do CPC.

Sustenta que as receitas disponíveis em conta no mês da constrição equivalem exatamente aos proventos salariais e adiantamentos de décimo terceiro recebidos, e que o restante se trataria de rendimentos de conta-poupança, cuja impenhorabilidade também é legalmente assegurada (art. 833, X, do CPC).

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, a integral reforma da decisão agravada, com o desbloqueio da totalidade dos valores constritos.

Junta documentos (fls. 12-76).

A tutela antecipada recursal foi concedida em parte, determinando-se o desbloqueio imediato de R\$ 749,00 (setecentos e quarenta e nove reais), consubstanciados em parcela de décimo terceiro de titularidade da esposa do agravante, restando autorizado, em relação ao restante, a constrição de tão somente 30% dos valores.

Resposta pelo agravado à fl. 96.

Vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos sobre agravo de instrumento tendentes a atacar decisão interlocutória que, ao acolher parcialmente impugnação apresentada pelo ora agravante, que figura como executado nos autos de origem, manteve a constrição de R\$ 3.960,42 do total de R\$ 5.260,42 que haviam sido bloqueados em sua conta corrente.

Ao fundamentar sua decisão, o julgador *a quo* entendeu que somente seria possível a liberação de R\$ 1.300,00 do total bloqueado, que equivaleriam a verba salarial de propriedade da esposa do agravante, que com ele mantém conta conjunta. Quanto ao restante, entendeu que a constrição deveria ser mantida, pois que se tratariam de excedentes salariais e não haveria prova de vinculação dos valores à conta-poupança.

Permaneceram imobilizados, assim, R\$ 3.960,42, que são objeto da insurgência recursal ora apreciada. Segundo o agravante, os valores constantes em sua conta nada mais seriam do que verbas salariais e parcelas de adiantamento de décimo terceiro suas e de sua esposa, além de rendimentos de conta poupança. Conclui, nesse raciocínio, que deveria ser reconhecida a total impenhorabilidade dos valores, nos termos do art. 833, IV e X, do Código de Processo Civil.

Ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, consignei que deveriam ser imediatamente liberados R\$ 749,00, que seriam de propriedade da esposa do agravante (parcela de

adiantamento de décimo terceiro salário). Quanto ao restante (R\$ 3.211,42), reconheci que, de fato, a verba detinha caráter salarial, todavia, como parte do crédito em execução refere-se à prestação de alimentos indenizatórios, seria plenamente possível sua constrição, nos termos do §2º do art. 833 do CPC. A decisão, então, foi no sentido de, após liberar os R\$ 749,00 de titularidade de terceiro, permitir a constrição de 30% dos R\$ 3.211,42 restantes, remanescendo, então, um bloqueio de R\$ 963,42.

Invoquei, para tanto, os seguintes fundamentos:

“Como se vê, a regra é a impenhorabilidade dos rendimentos pessoais - justo a pretensão aqui esposada -, exceção feita, no caso, quando os rendimentos do executado alcançarem mais de 50 salários mínimos, cujo excedente, então, pode receber constrição, a teor do que estabelece o § 2º do comentado dispositivo legal.

Veja-se, a propósito:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR - CADERNETA DE POUPANÇA - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO - CPC, ART. 833, § 2º - BLOQUEIO - CABIMENTO

Consoante previsão expressa contida no art. 833, incs. IV e X, do Código de Processo Civil, são impenhoráveis os rendimentos de natureza alimentar, até o limite de 50 salários mínimos, e a quantia poupada até 40 salários mínimos, “(esteja em caderneta de poupança, conta corrente, fundo de investimento ou em papel-moeda), podendo a reserva incidir em mais de uma aplicação financeira, obedecido, na soma, o limite legal)” (AI n. 4012885-42.2017.8.24.0000, Des. Henry Petry Júnior (Agravo de Instrumento n. 4019030-17.2017.8.24.0000, de Cunha Porã Relator: Desembargador Luiz César Medeiros).

Tudo isto em mente – e de novo tendo em conta que a apreensão se deu em 24-11-2017 – percebo pelo extrato de fls. 51-53, que, no dia 1º-11-2017, havia na conta conjunta do agravante e sua esposa, um valor de R\$ 715,42 (fls. 52, no meio da página).

No dia 6-11-2017, o agravante recebeu o valor de seus vencimentos de R\$ 2.633,86 (comprovante de fls. 54); no dia 8-11, foi creditado o valor de R\$ 1.377,00, referente ao salário da esposa do agravante (comprovante de fls. 55); no dia 17-11, foi creditado o valor do décimo terceiro salário da esposa do agravante, no valor de R\$ 749,00 (comprovante de fls. 55); no dia 20-11 foi creditado o valor do décimo terceiro salário do agravante, no valor de R\$ 1.521,09 (comprovante de fls. 56).

Todos estes valores, bem de ver, e na esteira do que se disse anteriormente, são, a rigor, impenhoráveis e somam a quantia de R\$ 6.280,09. Quando da penhora, evidentemente que o valor que estava excedente na conta, no início do mês, já se havia consumido, de sorte que a penhora, à toda evidência, atingiu o valor dos rendimentos do agravante e sua esposa.

Ocorre que não se pode perder de vista que os valores postos em execução são decorrentes de danos morais e, mais que isto, pensão mensal, conforme se depreende da inicial do cumprimento de sentença (fls. 18-21) e cálculos (fls. 22-37).

Neste particular, incide a regra de exceção à impenhorabilidade encontrada no art. 833, § 2º, do Código de Processo Civil, verbis:

§ 2o O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8o, e no art. 529, § 3o.

Por esta razão, entendo que a penhora pode atingir 30% dos rendimentos do agravante, considerando que ele recebe módicos rendimentos.

(...)

Postas estas questões, tenho que se deva liberar da penhora os valores recebidos pela esposa do agravante R\$ 1.300,00 (já liberados pelo magistrado, na origem), além do décimo terceiro por ela recebido (R\$ 749,00). Sobre o que restar desta operação devem ficar penhorados 30%, que servirão para pagar a pensão alimentícia ao exequente e os demais valores devem ser liberados.” (fls. 90-93).

Ocorre que, agora em juízo mais aprofundado, analisando melhor os elementos coligidos ao caderno processual, creio que tenha sido demasiada a liberação liminar de parte dos valores constritos. Conforme explicitarei ao longo do voto, é preciso fazer uma distinção relativa à natureza de cada uma das verbas que compuseram o saldo da conta corrente titularizada pelo agravado e sua esposa, a fim de que se defina o que é ou não é penhorável, bem como qual a extensão adequada de eventual constrição.

De início, convém pontuar que no mês em que ocorreu o bloqueio judicial (novembro de 2017), a soma de todas as entradas na conta corrente conjunta do agravante e de sua esposa acabou por totalizar um montante de R\$ 8.254,52, composto da seguinte forma:

- 1) **R\$ 716,42** - saldo que já constava na conta corrente, composto de sobras dos meses anteriores (fl. 52);
- 2) **R\$ 2.633,86** – salário do agravante, referente ao mês de outubro (fls. 52 e 54);
- 3) **R\$ 1.377,00** – salário da esposa do agravante, referente ao mês de outubro (fls. 52 e 55);
- 4) **R\$ 749,00** – adiantamento de décimo terceiro salário da esposa do agravante (fls. 53 e 55);
- 5) **R\$ 1.521,09** – adiantamento de décimo terceiro salário do agravante (fls. 53 e 56);
- 6) **R\$ 1.257,24** – rendimentos de aplicações de conta poupança, conforme alegações do próprio agravante (fl. 53).

Desse total, devem ser imediatamente apartados da discussão todos os valores que pertencem à esposa do agravante. Afinal, não é ela a executada nos autos de origem, não podendo responder com patrimônio próprio o débito contraído por seu marido em razão de sua condenação em demanda indenizatória por acidente de trânsito.

Nesse pensar, podem ser consideradas verbas pertencentes à esposa do agravante: **a)** o salário por ela recebido no mês de novembro (R\$ 1.377,00); **b)** o adiantamento de seu décimo terceiro salário (R\$ 749,00); **c)** metade do saldo positivo que já constava na conta corrente no mês da constrição (R\$ 358,21); **d)** metade dos rendimentos de conta poupança creditados (R\$ 628,62).

Logo, do total de entradas na conta corrente no mês de novembro de 2017 (R\$ 8.254,52), descontada a fração pertencente à esposa do agravante (R\$ 3.112,83), restam R\$ 5.141,69, cuja possibilidade de constrição é necessário aferir.

Veja-se que esse total é composto por sobras de meses anteriores (R\$ 358,21), salário e adiantamento de décimo terceiro (R\$ 4.154,95) e aplicações de conta poupança (R\$ 628,62).

É bem verdade que o art. 833, IV e X, do CPC, reputa impenhorável o salário do devedor e

as quantias por ele depositadas em caderneta de poupança. Não se trata, todavia, de um preceito de ordem absoluta. O §2º do referido dispositivo legal relativiza expressamente a impenhorabilidade dessas verbas, seja quando excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos, seja quando o crédito refere-se a prestação alimentícia.

Na hipótese dos autos, como já consignei no monocrático de fls. 87-93, parte considerável do débito em execução é atinente a pensionamento mensal decorrente de morte em acidente de trânsito, que possui inegável caráter alimentar (fls. 18-21 e 22-37). Evidente, portanto, que não socorre ao agravante a prerrogativa de impenhorabilidade das verbas salariais e daquelas depositadas em caderneta de poupança.

Noutro viés, considerando que o salário também possui caráter alimentar, e que o ora agravante auferir rendimentos mensais não muito expressivos, não há como simplesmente autorizar que toda a sua verba salarial seja constricta para satisfação da dívida. Estar-se-ia, assim, sacrificando o sustento de uma pessoa pelo de outra.

É razoável, então, que sobre as verbas de caráter salarial, a constrição fique restrita à ordem de 30% (trinta por cento), com a liberação do restante para garantia do sustento do agravante. Esse percentual, aliás, deve servir de parâmetro ao Magistrado de origem na eventualidade de constrições futuras sobre essa mesma conta corrente.

Nesse particular, é preciso deixar assentado que somente podem ser reputados de caráter salarial – sujeitos à constrição de apenas 30% - os valores relativos ao salário do agravante e ao adiantamento de seu décimo terceiro ($R\$ 4.154,95 * 30\% = R\$ 1.246,48$).

Os demais valores, atinentes às sobras de meses anteriores (R\$ 358,21) e às aplicações de conta poupança (R\$ 628,62), podem ser perfeitamente penhorados em sua totalidade.

Quanto às aplicações de poupança, na ordem de R\$ 628,62, não há muito o que se dizer. A verba não possui caráter alimentar, porque não se destina à subsistência de seu titular, mas à constituição de uma reserva para investimentos ou gastos futuros. E como visto, os valores depositados em caderneta de poupança perdem sua prerrogativa de impenhorabilidade quando o crédito perseguido possui natureza alimentar, tal como no presente caso.

Já no que respeita às sobras de meses anteriores, no importe de R\$ 358,21, é preciso tecer algumas considerações, à vista da insurgência do agravante no sentido de que não se trataria de valores excedentes.

A despeito de qualquer irrisignação, o documento de fl. 53 revela que, quando do início do mês de novembro de 2017, antes de creditados os rendimentos de seus titulares, existia na conta corrente em análise um saldo positivo de R\$ 716,42. Essa montante nada mais é do que uma sobra de valores acumulados em meses anteriores, visto que remanescentes após todo o transcurso do mês de outubro daquele ano.

Importa registrar, aqui, que o próprio agravante, em suas razões recursais, reconhece que seus proventos e os de sua esposa eram creditados na aludida conta entre os dias 04 e 07 de cada mês.

Logo, não há como acolher a tese recursal de que essa verba seria consumida ao longo do mês, uma vez que constituída anteriormente ao recebimento dos proventos do mês de novembro e após o pagamento de todas as despesas alusivas ao mês de outubro.

Não se olvida de que, conforme a documentação acostada pelo agravante às fls. 51-58, os valores que constavam na conta corrente em que ocorreu a penhora eram em primazia compostos por verbas salariais suas e de sua esposa – com a exceção dos rendimentos de aplicações de poupança.

Nessa linha, a um primeiro olhar, o saldo de R\$ 716,42 - dos quais R\$ 358,21 pertenciam ao autor - existente na conta até a data de 06/11/2017, também deveria ser considerado verba salarial, com todas as prerrogativas que lhe são inerentes.

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça, mitigando a proteção conferida pela lei processual às verbas salariais, sedimentou ideia de que as sobras dos rendimentos do devedor, por não mais se destinarem à sua subsistência, perdem seu caráter alimentar, sendo passíveis, portanto, de constrição judicial.

Cito, por oportuno, os seguintes julgados:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. IMPENHORABILIDADE DE VALORES RELATIVOS A SUBSÍDIO DECORRENTE DE OCUPAÇÃO DE CARGO PÚBLICO. ART. 649, IV, DO CPC/1973. CESSÃO DOS VALORES A UMA HOLDING. PERDA DA NATUREZA ALIMENTAR. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que ‘a impenhorabilidade salarial não é absoluta, sendo que, existindo sobra salarial, esta poderá ser penhorada em razão da perda da natureza alimentar’ (AgRg no REsp n. 1.492.174/PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma).

2. Agravo improvido. (AgInt nos EDcl no AREsp 1047109/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA O INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PENHORA DOS VENCIMENTOS DA DEVEDORA DE CHEQUE PRESCRITO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. Pedido de penhora de 30% (trinta por cento) dos vencimentos da executada.

1.1. Consoante cedição nesta Corte, à luz do disposto no inciso IV do artigo 649 do CPC, sobressai a impenhorabilidade dos proventos salariais do devedor/executado, ainda quando depositados em conta corrente bancária.

1.2. Ressalva-se, contudo, que a remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte’ (REsp 1.230.060/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 13.08.2014, DJe 29.08.2014).

1.3. Caso concreto. Acórdão estadual rejeitando a pretensão do exequente voltada à penhora de 30% (trinta por cento) dos vencimentos da executada diretamente na fonte pagadora. Consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 663.315/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015 – grifo adicionado)

Desse modo, quanto aos R\$ 358,21 decorrentes de sobras salariais, o bloqueio deve ser mantido em sua totalidade, e não apenas em 30%, já que esse percentual aplica-se tão somente às verbas que efetivamente ostentam natureza salarial.

Retomando, então, o raciocínio até aqui exposto, tem-se que os valores penhoráveis de titularidade do agravante consubstanciam-se na soma entre as sobras de meses anteriores (R\$ 358,21), a fração de 30% de suas verbas salariais (R\$ 1.246,48) e os rendimentos decorrentes de aplicações em poupança (R\$ 628,62). Denota-se, assim, que a constrição judicial somente poderia abranger o valor máximo de R\$ 2.233,31.

Tendo em vista que, após o parcial acolhimento da impugnação apresentada na origem, foi mantido o bloqueio de R\$ 3.960,42, chega-se à conclusão de que realmente houve uma constrição excessiva de valores, mais especificamente, um excedente de R\$ 1.727,10, que deverão ser liberados em favor do agravante.

O voto, então, é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para restringir o bloqueio judicial ao valor de R\$ 2.233,31 (dois mil duzentos e trinta e três reais e trinta e um centavos) e determinar a liberação do excedente ao agravante.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 4008771-94.2016.8.24.0000, de Curitiba

Relator: Desembargador José Agenor de Aragão

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. SUSCITADA ILEGITIMIDADE DO EX-COMPANHEIRO PARA REQUERER A ABERTURA DO INVENTÁRIO E EXERCER O ENCARGO DE INVENTARIANTE. SUBSISTÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL DISSOLVIDA JUDICIALMENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS DO RESTABELECIMENTO DO RELACIONAMENTO. PARTE QUE NÃO PODE SER INVESTIDA NA FUNÇÃO DE INVENTARIANTE, EM FACE DA EXCLUSÃO DO ROL DESCRITO NO ART. 617 DO CPC. DECISÃO REFORMADA.

“Cônjuge ou companheiro sobrevivente. [...] O único requisito para que isso seja possível é de que o cônjuge ou companheiro estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste. Se já houve o rompimento da sociedade conjugal (separação consensual ou judicial) ou vínculo matrimonial (divórcio ou anulação do casamento), já não se pode ostentar o título de cônjuge para efeito de postular nomeação. O mesmo ocorre se já não havia convivência entre os companheiros ao tempo da morte do autor da herança. [...]” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação . São Paulo: Revista de Tribunais, , p. 1444/1445).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4008771-94.2016.8.24.0000, da comarca de Curitiba Vara da Família Órfãos, Sucessões Inf e Juventude em que é/são Agravante(s) Ana Paula de Souza e outro e Agravado (s) Albino Valdemar de Barros.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso interposto e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rodolfo César Ribeiro da Silva Tridapalli, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Selso de Oliveira.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2018.

Desembargador José Agenor de Aragão

Relator

RELATÓRIO

Ana Paula de Souza e Amanda Gabriela de Souza, devidamente qualificadas nos autos, interpuseram Agravo de Instrumento contra a decisão que, nos autos da Ação de Inventário (autos de nr. 0301937-04.2016.8.24.0022), movida por Albino Valdemar de Barros, igualmente identificado, perante o Juízo da Vara da Família Órfãos, Sucessões Infância e Juventude da comarca de Curitiba, que nomeou o agravado como Inventariante.

Sustentam, em síntese, que a união estável entre o requerente e o *de cujus* foi dissolvida judicialmente, motivo pela qual não possui legitimidade para requerer a abertura do inventário e de exercer a função de inventariante.

Requereram, assim, a concessão do efeito suspensivo e o provimento do reclamo para reformar a decisão objurgada.

Devidamente intimado, o agravado deixou transcorrer *in albino* o prazo para apresentar contrarrazões (fl. 81).

Este é o relatório.

VOTO

Conhece-se o recurso, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Ressalto que a apreciação do recurso de agravo de instrumento é adstrita ao exame do suposto acerto ou desacerto da decisão objurgada, sem esgotar a discussão sobre a matéria, sob pena de supressão de instância.

Sustenta à parte agravante, resumidamente, que a união estável entre o requerente e o *de cujus* foi dissolvida judicialmente, motivo pela qual não possui legitimidade para requerer a abertura do inventário e de exercer a função de inventariante. Nestes termos, pleiteia a concessão do efeito suspensivo, reformando, a decisão que nomeou o agravado como inventariante, sob pena de causar prejuízo ao espólio, aos credores e às herdeiras.

Compulsando os autos, denota-se ser incontestado que o *de cujus* Erni Teles de Souza e o requerente Albino Valdemar de Barros conviviam em união estável homoafetiva, entretanto, constata-se que a relação foi dissolvida judicialmente, através de sentença proferida em 2.8.2012 (fl. 27), deliberando sobre a partilha dos bens e dívidas contraídas durante o relacionamento das partes.

Muito embora a parte agravada tenha sustentado o restabelecimento da união estável, após a dissolução judicial, não há provas que demonstrem o alegado, motivo pela qual a questão deverá ser remetida para solução nas vias ordinárias, através de ação própria oportunizando o princípio do contraditório e completa instrução nos termos do art. 628 do CPC.

Vejamos:

“**Art. 628.** Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão

no inventário, requerendo-a antes da partilha.

§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.

§ 2º Se para solução da questão for necessária a produção de provas que não a documental, o juiz remeterá o requerente às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.”

Assim, enquanto não for dirimida a legitimidade do agravado para propor a ação de inventário, não poderá ser investido do encargo de inventariante, visto que é excluído do rol descrito no art. 617 do CPC, *in verbis*:

“**Art. 617.** O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;

IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;

V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VII - o inventariante judicial, se houver;

VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função.”

Para corroborar, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Ney lecionam:

“Cônjuge ou companheiro sobrevivente. [...] O único requisito para que isso seja possível é de que o cônjuge ou companheiro estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste. Se já houve o rompimento da sociedade conjugal (separação consensual ou judicial) ou vínculo matrimonial (divórcio ou anulação do casamento), já não se pode ostentar o título de cônjuge para efeito de postular nomeação. O mesmo ocorre se já não havia convivência entre os companheiros ao tempo da morte do autor da herança. [...]” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação . São Paulo: Revista de Tribunais, , p. 1444/1445).

Diante de tais circunstâncias, entendo que o agravado não pode ser investido do encargo de inventariante, por não restar devidamente comprovado o restabelecimento da união estável após a dissolução judicial de fl. 27.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003016-83.2015.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargador Selso de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA JORNALÍSTICA IMPUTANDO CRIME DE ESTELIONATO AO AUTOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA RÉ

PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. MATÉRIA NÃO ARGUIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. IRRELEVÂNCIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA PASSÍVEL DE CONHECIMENTO EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO, INCLUSIVE DE OFÍCIO (ART. 267, § 3º DO CPC/73, VIGENTE À ÉPOCA). TESE, CONTUDO, AFASTADA. LEGITIMIDADE PASSIVA EVIDENCIADA.

MÉRITO. ARGUMENTAÇÃO NO SENTIDO DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES DIVULGADAS. AUTOR QUE ERA INDICIADO EM INQUÉRITO POLICIAL. EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA E DE EXPRESSÃO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À HONRA E À IMAGEM. MATÉRIA JORNALÍSTICA ELABORADA EM TOM JOCOSO E PEJORATIVO. NÍTIDO INTUITO DIFAMATÓRIO. EXCESSO QUE CARACTERIZA ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

“No desempenho da nobre função jornalística, o veículo de comunicação não pode descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos narrados e, menos ainda, assumir postura injuriosa ou difamatória com o simples propósito de macular a honra de terceiros” (REsp 1297426/RO, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 3/11/2015).

QUANTUM REPARATÓRIO. PLEITO DE MINORAÇÃO. SENTENÇA QUE FIXOU O MONTANTE INDENIZATÓRIO EM R\$ 12.000,00 (DOZE MIL REAIS). AUTOR QUE, AO FIM E AO CABO, FOI CONDENADO PELO CRIME ESTELIONATO. CONTUDO, RECONHECIMENTO, NA AÇÃO CRIMINAL, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPÕEM A MINORAÇÃO DO VALOR ORIGINALMENTE ARBITRADO. FIXAÇÃO QUE DEVE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MONTANTE DE R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) QUE SE MOSTRA ADEQUADO A SATISFAZER A DUPLA FINALIDADE DA CONDENAÇÃO.

HONORÁRIOS RECURSAIS. INVIABILIDADE. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003016-83.2015.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul 2ª Vara Cível em que é Apelante Adelmo Muller Editoração Ltda e Apelado Moacir Gonçalves.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso dar-lhe

parcial provimento, a fim de minorar o valor arbitrado a título de reparação por danos morais para R\$ 3.000,00 (três mil reais). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Exmo. Des. Rodolfo Tridapalli e o Exmo. Des. José Agenor de Aragão.

Presidiu este julgamento, o Exmo. Desembargador Rodolfo Tridapalli.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2018.

Desembargador Selso de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Moacir Gonçalves ajuizou ação de indenização por danos morais face de Jornal Absoluto, sustentando que é corretor de imóveis, proprietário de uma revista e apresentador, bastante conhecido na cidade de Jaraguá do Sul, e que a ré veiculou matéria jornalística em site da internet na qual restou caluniado e ofendido, tendo em vista que lhe imputou a prática de estelionato e lhe comparou ao oposto de Robin Hood, dizendo que “tirava dos pobres para fazer festa com os ricos”. Requereu, assim, a condenação da ré à reparação por danos morais em virtude das ofensas perpetradas. Juntou documentos (p. 10-15).

Após diversas tentativas frustradas de citação, o magistrado de origem determinou que o autor comprovasse a existência da pessoa jurídica ré (p. 65).

Em cumprimento à ordem, o autor requereu a retificação do polo passivo para Adelmo Müller Editoração Ltda. ME, e a citação por carta precatória, no endereço já declinado (p. 69).

Efetivada a citação (p. 84), a ré contestou às p. 88-92, alegando, preliminarmente, a decadência do direito do autor, com fundamento no art. 56 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) e a falta de interesse de agir, pois os fatos noticiados são verdadeiros. No mérito, sustentou que as informações divulgadas foram obtidas com as vítimas do autor; que a imputação do crime de estelionato foi extraída de consulta ao sítio do TJSC; e que a comparação com Robin Hood serviu para suavizar o impacto da notícia do golpe na compra de lotes urbanos, perpetrado pelo autor. Ao final, arguiu que o autor litiga de má-fé, e requereu sua condenação nas penalidades cabíveis, bem como a improcedência dos pedidos. Juntou documentos (p. 93-108).

Réplica às p. 112-115.

A decisão de p. 116-119 afastou as preliminares de decadência e de falta de interesse de agir, e declarou saneado o feito.

Designada audiência, realizada em 3/12/2013, objeto do termo de p. 128, resultou inexitosa a conciliação, ocasião em que as partes pleitearam a produção de prova documental e oral, com oitiva de testemunhas e tomada de depoimento pessoal.

Na audiência de instrução e julgamento (p. 146), dispensou-se a oitiva do representante legal da ré, sendo tomado o depoimento pessoal do autor, ocasião em que encerrada a instrução.

Foram apresentadas alegações finais pelo autor às p. 149-152, e pela ré às p. 153-156.

Sobreveio sentença de p. 161-167, da lavra do juiz Ezequiel Schlemper, julgando procedente o pedido, assim fazendo constar na parte dispositiva do decisum:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para condenar o réu ao pagamento da importância de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de indenização por danos morais, que deverá ser atualizada monetariamente (INPC) a contar desta data e acrescida de juros legais a partir do evento danoso (outubro de 2008).

Decreto a extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Condeno o réu no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que são fixados em 15% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil).

Em face dessa decisão, a ré opôs embargos de declaração às p. 172-175, os quais foram rejeitados pela decisão de p. 176-176-A.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação às p. 180-190, arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, em razão de culpa exclusiva de terceiros, “visto que noticiou tão somente situação vivenciada por clientes do recorrido que em frente ao Fórum da Comarca reivindicaram seus valores investidos em imóveis vendidos pelo recorrido. Assim sendo, não se pode admitir, ainda que em tese, que o recorrente seja agora chamado à responsabilidade por supostos ilícitos praticados por terceiros, visto que foi em razão da manifestação contra o recorrido que o recorrente se manifestou em sua matéria que considerou e ainda considera como de cunho jornalístico” (p. 182). No mérito, sustentou que o apelado não comprovou que não estava sendo processado por estelionato, de modo que não houve comprovação do dano; discorreu acerca da ausência de responsabilidade civil e dos pressupostos para que haja condenação em indenização por danos morais, alegando que inexistiu ato ilícito por si praticado, tampouco comprovação do dano ou do nexo de causalidade. Subsidiariamente, clamou pela minoração do valor arbitrado a título de indenização.

O recurso foi recebido no duplo efeito (p. 194).

Não houve apresentação de contrarrazões (p. 197).

VOTO

1. Da admissibilidade

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

2. Preliminar

2.1 Da (i)legitimidade passiva

Em que pese não suscitado o tema em contestação, por tratar-se de matéria de ordem pública,

cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição e até mesmo de ofício a teor do artigo 267, § 3º do CPC/73, vigente à época da interposição do recurso.

Aduz a recorrente ser parte ilegítima em razão de culpa exclusiva de terceiros, “visto que noticiou tão somente situação vivenciada por clientes do recorrido que em frente ao Fórum da Comarca reivindicaram seus valores investidos em imóveis vendidos pelo recorrido” (p. 182).

De acordo com lição doutrinária, legitimidade “é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto. A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos. Salvo casos excepcionais expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida. Assim, quem pode propor a ação de cobrança de um crédito é o credor, quem pode propor a ação de despejo é o locador, quem pode pleitear a reparação do dano é aquele que o sofreu. A legitimação, para ser regular, deve verificar-se no polo ativo e no polo passivo da relação processual. O autor deve estar legitimado para agir em relação ao objeto da demanda e deve ele propô-la contra o outro polo da relação jurídica discutida, ou seja, o réu deve ser aquele que, por força da ordem jurídica material, deve, adequadamente, suportar as consequências da demanda. Usando os exemplos acima referidos, o réu da ação de cobrança deve ser o devedor; da ação de despejo, o locatário; da ação de reparação de dano, o seu causador” (Filho, GRECO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, vol. 1: teoria geral do processo e auxiliares da justiça, 23ª Edição. Saraiva, 02/2013, p. 101. [Minha Biblioteca]).

No caso em tela, a ré é parte legítima, visto que ser a responsável pela publicação veiculada através de sua página na internet www.jornalabsoluto.com.br, cuja matéria é assinada por seu editor chefe Adelmo Luiz Müller, relativa à notícia que imputava ao autor o crime de estelionato, pois este teria ludibriado compradores de lotes urbanos.

A propósito, colho da jurisprudência:

PETIÇÃO INICIAL. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INICIAL QUE PREENCHE OS REQUISITOS DOS ARTS. 319 E 320 DO CPC. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO QUE DÃO SUPORTE À PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. PEDIDO FORMULADO DE MANEIRA ADEQUADA. PRELIMINAR REJEITADA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. PASSIVA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PUBLICAÇÃO, EM JORNAL, DE MATÉRIA SUPOSTAMENTE INVERÍDICA E DE CUNHO DESABONADOR AO DEMANDANTE. RÉ QUE É CONFESSADAMENTE RESPONSÁVEL PELA EDIÇÃO DO PERIÓDICO EM QUE VEICULADA A NOTÍCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA CARACTERIZADA. PRELIMINAR REJEITADA.** [...] (TJSP. AC n. 0002735-43.2012.8.26.0080, rel. Des. Vito Guglielmi, j. 10/11/2016).

DIREITO CIVIL - **RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZATÓRIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - DIVULGAÇÃO DE SALDO DE CONTA CORRENTE EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO LOCAL - DANO MORAL - PROCEDÊNCIA - 1. RECURSO DO JORNAL - 1.1 ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - AFASTAMENTO - PUBLICAÇÃO COMPROVADA - ILEGITIMIDADE AFASTADA - [...].**

Empresa jornalística que publica, a pedido de cooperativa, dados bancários de clientes desta, possui legitimidade passiva ad causam para responder por eventuais prejuízos decorrentes da publicação.

Inexiste cerceamento de defesa em julgamento antecipado quando as provas documentais são suficientes para julgar as questões controvertidas.

A divulgação de saldo de conta bancária mantida por correntista, sem a devida autorização deste, caracteriza quebra de sigilo bancário gerador de dano moral.

O quantum indenizatório deve ser fixado com base no binômio razoabilidade/proporcionalidade, de modo a não ensejar fonte de lucro à vítima e não gerar desvalia ao patrimônio moral do ofendido.

Mantém-se os honorários advocatícios fixados em patamar equivalente à natureza da causa, ao trabalho realizado pelo causídico e ao tempo para sua realização. (TJSC. AC n. 2011.093705-5, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 24/10/2013).

Assim, considerando que a ré foi a responsável pela divulgação da notícia que o autor entende ter lhe causado dano moral, é parte legítima para figurar no polo passivo de ação judicial que almeja indenização decorrente da veiculação dessa notícia.

Acerca do tema, o art. 927 do Código Civil prevê que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, resulta evidenciada a legitimidade passiva da ré, não havendo falar em culpa exclusiva de terceiro.

Logo, o recurso é desprovido no ponto.

3. Mérito

3.1 Da (in)existência do dano

A apelante sustentou a ausência de ato ilícito capaz de ensejar dano moral, bem como de comprovação do suposto dano moral causado.

Neste tocante, o magistrado de origem registrou (p. 164):

O réu excedeu o direito à liberdade de expressão ao ultrapassar o limite da narrativa dos fatos deixando claro que “(...) o colunista social Moacir Gonçalves (...) tirava dos pobres para fazer festas com ricos (...)”. Com a reportagem descrevendo pormenores sobre o suposto delito cometido pelo autor, percebe-se que o réu, em tom jocoso e pejorativo, tinha a nítida intenção de agredir moralmente a imagem do autor e de atingi-lo pessoal e diretamente.

A matéria extrapola a finalidade jornalística/informativa e evidencia um ataque pessoal com o objetivo, bem nítido, de denegrir a pessoa do autor. (p. 164)

Pois bem.

Acerca do ato ilícito caracterizador do dano moral, extrai-se dos ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

Em direito civil há um dever legal amplo de não lesar a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável

sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de indenidade, surta algum prejuízo injusto para outrem, seja material, seja moral (CC, art. 186).

No convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade.

É ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. *Materiais*, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, *morais*, os danos de natureza não econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”. Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada.

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da *intimidade* e da *consideração pessoal*”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da *reputação* ou da *consideração social*”). Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana”. Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido. (*in* Dano Moral. 8ª edição. Forense, 07/2016. [Minha Biblioteca]).

Especificamente sobre a liberdade de expressão, não se olvida que “uma imprensa livre e independente pode contribuir de maneira importante para a democracia. Se a corrupção e a incompetência são os problemas do governo, a exposição é ao menos parte da solução. A possibilidade de exposição, além de deter a corrupção, cria incentivos para um desempenho mais eficiente. Por sua vez, não só a revelação dos desvios governamentais, mas a exibição da corrupção privada pode ser tão importante para a democracia quanto a descrição das falhas do governo. Haja vista as corporações e associações serem uma imensa fonte de poder na sociedade moderna, uma regulação adequada deve visar uma estrutura de mídia capaz de publicar de forma eficiente todos os abusos de poder, independentemente de a fonte ser pública ou privada” (SANKIEVICZ, Alexandre. *SÉRIE IDP - Liberdade de Expressão e Pluralismo, Perspectivas de Regulação*, 1ª edição. Saraiva, 08/2010. [Minha Biblioteca]).

Todavia, “Por encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, razão pela qual a relatividade (ou limitabilidade) costuma ser apontada como uma de suas características” (NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional - Volume Único*, 9ª edição. Método, 02/2014. [Minha Biblioteca]), de modo que a liberdade de expressão, a par das demais garantias fundamentais, não é um direito absoluto.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que “Constitui questão constitucional da maior importância definir os limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica, como os da inviolabilidade da honra e da imagem, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas” (RE 662055RG/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/08/2015).

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que “A liberdade de imprensa - embora amplamente assegurada e com proibição de controle prévio - acarreta responsabilidade a posteriori pelo eventual excesso e não compreende a divulgação de especulação falsa, cuja verossimilhança, no caso, sequer se procurou apurar” (REsp 1582069/RJ, rel. Ministro Marco Buzzi, rela. p/ Acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 16/02/2017).

Pontua ainda o STJ que “No desempenho da nobre função jornalística, o veículo de comunicação não pode descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos narrados e, menos ainda, assumir postura injuriosa ou difamatória com o simples propósito de macular a honra de terceiros” (REsp 1297426/RO, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 3/11/2015).

Logo, o direito fundamental à liberdade de expressão deve ser relativizado quando em conflito com outros direitos fundamentais, a exemplo da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sobre os quais a Constituição Federal assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF).

Feitas essas considerações, passo à análise do acervo probatório.

Às p. 12-15 repousa cópia impressa da matéria veiculada no “Jornal Absoluto”, nome fantasia da ré, que divulga notícias através de sítio na internet. Extrai-se desse documento que a matéria em questão foi publicada em 13/10/2008, cuja manchete dizia: “A outra face de um bajulado colunista social catarinense” (p. 12). Na chamada para leitura, verifica-se o seguinte texto: “agindo ao contrário daquele mito das florestas – Robin Hood – que tirava dos ricos para doar aos pobres, o colunista social Moacir Gonçalves, como vendedor de lotes, pois tirava dos pobres para fazer festas com ricos, mas acabou acusado no artigo 171 do Código Penal” (p. 12-13).

Na notícia, ainda é possível visualizar a inclusão de fotografia do autor com menção ao seu endereço residencial (p. 13), informação absolutamente desnecessária e que poderia colocar o autor em risco de retaliação pelas eventuais vítimas do suposto crime de estelionato.

A exposição, como se vê, foi demasiada e ultrapassou o limite da informação jornalística, vindo a ofender diretamente a honra e a reputação do autor.

Isso porque não há argumentos que justifiquem o ataque deliberado à honra e à imagem de pessoa, independentemente de seus atos. Se até a notícia relativa aos mais sórdidos crimes devem ser veiculadas com parcimônia quanto ao caráter do criminoso, quiçá aquela que diz respeito à pessoa investigada em inquérito policial, o qual, registre-se, é sigiloso justamente para evitar exposição desnecessária do investigado.

Não se olvida que, posteriormente à publicação da notícia, o autor foi denunciado pelo crime de estelionato, conforme cópia da respectiva denúncia, anexada às p. 104-108. Contudo, isso não é o suficiente para afastar o excesso praticado pelo jornal, mormente em razão de, na época da publicação do texto jornalístico (13/10/2008), não haver processo criminal em curso, tendo em vista que a denúncia foi oferecida apenas em março de 2009.

Outrossim, em consulta informal ao SAJ, verifica-se que, ao fim e ao cabo, o ora apelado restou

condenado pelo crime de estelionato, relativo aos fatos narrados na matéria veiculada no jornal. Porém, houve o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, razão pela qual foi extinta a punibilidade do denunciado (autos n. 0002742-32.2009.8.24.0036).

Ressalto que essas circunstâncias servirão para a ponderação do quantum indenizatório.

Ainda, bem destacado pelo magistrado sentenciante o tom jocoso e pejorativo da reportagem, o que demonstra o nítido intuito de ofender a honra e a imagem do autor. Tanto é que a manchete destaca: “A outra face de um bajulado colunista social catarinense” (p. 12), em ataque direto à pessoa do autor, descuidando de abordar, de pronto, o fato em si.

Portanto, resta caracterizado o ato ilícito, cuja reprovabilidade e repercussão foram capazes de causar dano moral indenizável ao autor.

Acerca da configuração do dano moral em caso de veiculação de matéria jornalística que ultrapassa o limite da informação e incorre em excesso, esta Corte assim já decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA DE OCORRÊNCIA POLICIAL EM JORNAL ATRELANDO A IMAGEM DA CASA DA AUTORA. EQUÍVOCO. SITUAÇÃO QUE RESULTOU EM COMENTÁRIOS OFENSIVOS E MALICIOSOS, ESPECIALMENTE EM RAZÃO DO CONTEÚDO DA MATÉRIA. CONDUTA ILÍCITA DO RÉU QUE NÃO SE COADUNA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CARTA MAGNA, EM ESPECIAL O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OFENSA À HONRA EVIDENCIADA. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 15.000,00. PLEITO DE MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUANTIA QUE SEMOSTRA EXAGERADA NO CASO CONCRETO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO PARA R\$ 10.000,00 A FIM DE EVITAR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA APELADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 0300689-80.2015.8.24.0040, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 30/1/2018)

E da Corte estadual paulista:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. Veiculação de reportagens adjetivando o autor como “assassino”. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Notícias veiculadas pela ré que identificaram o autor pelo seu nome completo e o qualificaram como “assassino” antes do julgamento na esfera criminal e mesmo após a sua absolvição pelo juízo competente. Constituição Federal. Artigo 5º, incisos IX e XIV. Liberdade de informação e expressão, independentemente de censura. Art. 5º, inciso X. Direito à honra e à imagem. Garantias e direitos fundamentais. Ponderação entre os interesses em conflito. Neste caso, privilegiam-se os valores constitucionais do direito à honra e à imagem. Liberdade de informação e expressão encontra limites. Jornal que extravasou seu direito de informar e a liberdade de imprensa. Dano moral caracterizado. Precedentes. Quantum indenizatório fixado em atenção à gravidade da conduta e ao alcance pretendido pelas notícias. Recurso parcialmente provido. (AC n. 1009863-94.2016.8.26.0068, rela. Des. Mary Grün, j. 8/8/2018)

Do inteiro teor deste último julgado, extrai-se: “Da ponderação entre os interesses em conflito,

e considerando a importância de ambos os direitos, neste caso específico, privilegiam-se os valores constitucionais do direito à honra e à imagem. Por óbvio, não se nega que a imprensa livre e independente seja imprescindível à sustentação do regime democrático; no entanto, abusos não podem ser tolerados e condutas negligentes não podem dar vazão a atos que atinjam a honra alheia” (TJSP. AC n. 1009863-94.2016.8.26.0068, rela. Desa. Mary Grün, j. 8/8/2018)

Entendo, pois, que está evidenciado o dano moral no caso em tela, em razão do excesso praticado pela ré, de modo que o recurso é desprovido no ponto.

3.2. Do quantum

Acolhida a pretensão exordial pelo togado singular, que fixou a compensação no importe de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a ré almeja a minoração da importância.

Pois bem.

A indenização por dano moral deve ser fixada com olhos no caso concreto, em montante razoável e proporcional, que não se mostre insignificante a quem recebe nem exorbitante que venha resultar em enriquecimento ilícito, não olvidando, outrossim, do caráter pedagógico. Orientando os Tribunais:

[...] O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima (STJ, AgRg no REsp n. 945.575/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/11/2007).

[...] O valor da indenização por danos morais envolve critérios subjetivos em seu arbitramento e não deve abranger montante que possa caracterizar enriquecimento ilícito, nem tampouco valor insignificante frente ao constrangimento suportado. Sua fixação deve considerar os diversos fatores que envolveram o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, a duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa, as causas que deram origem à lesão e a condição sócio-econômica das partes (AC n. 0014350-09.2012.8.24.0008, rel. Des. Saul Steil, j. 15/12/2016).

In casu, considerando tudo que antes delineado quando da análise do caso concreto, mormente a condenação do autor pelo crime de estelionato, não se olvidando que foi extinta a punibilidade pela ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, penso que o valor arbitrado em primeiro grau comporta minoração, a fim de atender aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Ainda, buscando informações, de maneira informal, acerca do Jornal Absoluto, para realizar de forma adequada a ponderação do quantum indenizatório, averiguou-se o seguinte:

Primeiro diário via fax e internet do Vale do Itapocu, o Jornal Absoluto inovou na maneira de fazer jornalismo na região. Nasceu com o nome de A Voz do Vale, mas precisou adotar nova identidade porque uma rádio mineira já havia registrado antes a marca. *“Mudou o nome, mas não sua linha editorial, de divulgar tudo que é notícia nesta região, em Santa Catarina e no Brasil”*, reforçava o jornalista Adelmo, que se orgulhava em dizer que o Absoluto deixou de circular apenas nos municípios do Vale do Itapocu para ter leitura garantida e diária nos cinco continentes, – numa média diária que beirara, segundo estatísticas do Google, mais de 130 mil leitores que o acessavam. (Disponível em: <https://ocp.news/geral/morre-o-jornalista-adelmo-muller-fundador-do-jornal-absoluto>. Acesso em: 5/12/2018)

Como se vê, a média de acesso do Jornal Absoluto chegou a ser de 130.000 (cento e trinta mil) leitores diários, o que não pode ser desconsiderado no arbitramento do montante reparatório. Por outro lado, o magistrado sentenciante destacou que “o periódico em que veiculada a nota ofensiva tem campo de abrangência restrito, tratando-se de ‘jornal’ de circulação ‘via fax e internet’, donde se conclui que a divulgação alcançou um espectro publicitário de pouco potencialidade, porque lida apenas por um público circunscrito ao hábito de vasculhar artigos e notícias na rede mundial de computadores, o que, nos idos de 2008, quando da publicação, ainda não era tão difundido como o é nos dias de hoje” (p. 166-167).

Assim, considerando que o evento danoso ocorreu em 13/10/2008, época em que a divulgação de periódicos por meio eletrônico não era, de fato, tão difundida quanto atualmente, sem descuidar do longo alcance que o Jornal Absoluto veio a ter no auge de seu editorial, e, ainda, ponderando que o autor restou condenado pelo crime estelionato, não obstante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, entendo que valor arbitrado a título de reparação por dano moral deve ser minorado para R\$ 3.000,00 (três mil reais), montante este que, quando acrescido dos consectários legais, bem serve para reparar o abalo anímico causado ao autor, e atende à dupla finalidade da condenação, a fim de reparar o dano sofrido e punir o causador pela prática ofensiva.

Nesse sentido, acórdãos desta Corte:

CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO AO AUTOR. ALEGAÇÃO DE REPASSE EQUIVOCADO DAS INFORMAÇÕES PELA AUTORIDADE POLICIAL. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. ÔNUS QUE COMPETIA À RÉ. APLICAÇÃO DO ART. 333, II, DO CPC. FALTA DE DILIGÊNCIA NA COLHEITA DOS DADOS DA REPORTAGEM. CONDUTA NEGLIGENTE VERIFICADA. **ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IX E ART. 220, §§ 1º E 2º). ABALO MORAL PRESUMIDO. LESÃO À HONRA E À DIGNIDADE. AUTOR EFETIVAMENTE ENVOLVIDO NO TIROTEIO QUE CAUSOU A MORTE DE UMA CRIANÇA, PORÉM, INDICIADO APENAS POR PORTE ILEGAL DE ARMA. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO ELIDE O ABALO ANÍMICO EXPERIMENTADO PELA VINCULAÇÃO DE SUA IMAGEM À PRÁTICA DE CRIME MAIS GRAVE, MAS QUE DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO NA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SOPESADA TAMBÉM A RETRATAÇÃO POR MEIO DE REPORTAGEM PUBLICADA NO JORNAL DO DIA SEGUINTE. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 15.000,00 QUE SE MOSTRA EXAGERADO. REDUÇÃO PARA R\$ 2.000,00. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL FIXADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Não obstante se reconheça que o veículo de comunicação possa se eximir de culpa, em relação a matéria jornalística inverídica publicada, quando demonstrar que foi diligente na averiguação da idoneidade dos fatos antes de sua publicação, bem como que foram obtidos de fontes fidedignas, inexistindo nos autos elementos que revelem a necessária cautela, não há falar em ausência de responsabilidade do comunicador, devendo o ofendido ser indenizado pelos danos morais suportados.

2. Para a fixação do quantum indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo

ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro.

3. A verba honorária a ser paga pelo sucumbente ao ex adverso deve se amoldar aos parâmetros previstos nas alíneas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil. (AC n. 2015.020272-7, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 9/6/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA IMPUTANDO AO AUTOR A PRÁTICA DE CRIME. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DO JORNAL DEMANDADO. PREFACIAL DE CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVA DISPENSÁVEL À SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. DESLINDE DA CONTROVÉRSIA QUE DEPENDE EXCLUSIVAMENTE DA PROVA DOCUMENTAL JÁ CONSTANTE DOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

MÉRITO. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. INSUBSISTÊNCIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CUNHO CALUNIOSO, PAUTADA TÃO-SOMENTE EM PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. EXTRAPOLAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABALO À HONRA E IMAGEM DO AUTOR PERANTE A COMUNIDADE EM QUE VIVE. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DANO MORAL PRESUMIDO (IN RE IPSA) DECORRENTE DA PRÓPRIA VIOLAÇÃO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTES. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. PLEITO DE REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. SUBSISTÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO ARBITRADO PELA SENTENÇA (R\$ 20.000,00) DESPROPORCIONAL À CAPACIDADE ECONÔMICA DA SOCIEDADE APELANTE, CUJO CAPITAL SOCIAL É DE R\$ 3.000,00. MONTANTE INDENIZATÓRIO REDUZIDO PARA R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). MANTIDA A CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 2008.081016-8, rela. Desa. Denise Volpato, j. 3/7/2012).

Logo, o recurso é provido no ponto, a fim de minorar o valor arbitrado a título de compensação por danos morais para R\$ 3.000,00 (três mil reais), mantida a correção monetária a contar do arbitramento na origem e juros legais a contar do evento danoso.

4. Dos honorários recursais

A sentença combatida foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, incidindo o Enunciado Administrativo nº 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, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

5. Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, apenas a fim de minorar o valor arbitrado a título de reparação por danos morais para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Apelação Cível n. 0307421-30.2017.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Desembargador Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. PLEITO DE INCLUSÃO DE PATRONÍMICO DA BISAVÓ PATERNA. POSSIBILIDADE. EXEGESE DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. DIREITO À PRESERVAÇÃO DAS ORIGENS FAMILIARES. MOTIVO SUFICIENTE A AUTORIZAR O ACRÉSCIMO DO SOBRENOME. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0307421-30.2017.8.24.0033, da comarca de Itajaí Vara F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb. em que é Apelante José Lucas Dias da Silva.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de setembro de 2018, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Agenor de Aragão e Rosane Portella Wolff.

Funcionou como representante do Ministério Público e lavrou parecer o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Carlos Alberto de Carvalho Rosa.

Florianópolis, 1º de outubro de 2018.

Joel Dias Figueira Júnior
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

José Lucas Dias da Silva ajuizou ação de retificação de registro, objetivando, em síntese, acrescentar ao seu nome o patronímico “Ottoni”, pertencente a sua bisavó paterna (Anita Ottoni).

Sustentou, em síntese, que por absoluta falta de informação, o aludido sobrenome não foi incluído ao nome de sua avó paterna quando do seu registro de nascimento, de modo que, deixou de ser transmitido a si e aos demais descendentes. Por tais razões, alegando que seu intento com a propositura da presente demanda é, a um só tempo, prestar uma homenagem à sua avó paterna e preservar suas origens e a tradição de sua família de ascendência italiana, pugnou pelo acolhimento do pleito de retificação.

Manifestação do Ministério Público às fls. 23-91.

Sentenciando, o Togado de primeira instância julgou improcedente o pedido exordial, condenando o Autor ao pagamento das despesas processuais.

Irresignado, o Demandante interpôs recurso de apelação, repisando os mesmos fatos e fundamentos jurídicos articulados em primeira instância, pugnando, ao final, pela reforma integral da sentença.

O Ministério Público, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Carlos Alberto de Carvalho Rosa, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 60-63).

É o relatório.

VOTO

Como é cediço o direito ao nome insere-se entre os direitos da personalidade, caracterizando um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Consoante ensinamentos doutrinários, o nome é composto pelo prenome e pelo sobrenome e sua função primordial é identificar e individualizar o sujeito – titular de direitos e obrigações – no meio social.

No que diz respeito especificamente ao patronímico, objeto do presente pedido de retificação de registro, cumpre ressaltar que além da função designativa acima referida, atua, ainda, como signo distintivo da procedência familiar do indivíduo na sociedade, ou seja, indica sua linhagem familiar.

A esse respeito, colhe-se da doutrina:

“Nome de família, patronímico familiar ou simplesmente sobrenome, esta última expressão adotada pelo Código Civil de 2002, tem a função de revelar a estirpe familiar do indivíduo perante o meio social.” (RODRIGUES, Marcelo Guimarães. Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 75).

Acerca da importância do sobrenome, leciona o renomado doutrinador Limongi França, em sua obra intitulada “Do nome civil das Pessoas Naturais”:

Com efeito, na designação personativa, os prenomes, cuja escolha é arbitrária não dizem tanto quanto o patronímico que o acompanha, pois este, remontando a tempos em que geralmente seu portador não existia, suscita o mais das vezes a lembrança de fatos e acontecimentos relacionados com a sociedade familiar a que o portador pertence. Essas lembranças, embora, sobretudo, caracterizem a pessoa como parte de um grupo, não raro, na vida prática lhe são mais importantes do que aquela a que estaria ligada a sua própria pessoa particularmente considerada. (FRANÇA, Rubens Limongi. Do nome Civil das Pessoas Naturais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 218-219).

Em virtude de sua relevância no meio social, o nome civil sujeita-se ao princípio da imutabilidade relativa, admitindo alterações apenas em situações excepcionais. Nesse sentido, estabelece a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73):

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

[...]

No caso dos autos, objetiva o Demandante, acrescentar ao seu nome o sobrenome de sua bisavó paterna, “Ottoni”, a fim de, a um só tempo, prestar uma homenagem aos seus ascendentes e preservar as origens e a tradição de sua família.

Tal pleito merece ser acolhido.

Primeiramente, ressalta-se que inexistente no ordenamento jurídico norma legal que impeça a adoção da referida providência. Registra-se que a proibição de alteração prevista no artigo 56 da Lei de Registros Públicos – qual seja, aquela que possa prejudicar os apelidos de família –, de forma alguma aplica-se à situação vertente, pois tal norma objetiva impedir que haja desvinculação familiar e, no presente caso, busca o Demandante exatamente o oposto, que é preservar o sobrenome dos seus familiares.

Em segundo lugar, conforme já mencionado acima, o artigo 57 da Lei de Registros Públicos permite a alteração em situações excepcionais, desde que aquele o requer apresente motivo plausível para tanto.

A esse respeito, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - ACRÉSCIMO DE PATRONÍMICO MATERNO - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE INDEFERIRAM O PEDIDO PORQUANTO DEFICIENTE A MOTIVAÇÃO DELINEADA NA INICIAL - INSURGÊNCIA DA AUTORA.

Hipótese: Discussão acerca da possibilidade de retificação do sobrenome, depois de atingida a maioridade, para acrescentar matronímico que não fora transmitido à filha, mas por ela adotado como sobrenome durante o tempo em que esteve casada.

1. O direito ao nome insere-se no campo dos direitos da personalidade, derivados do princípio fundamental da dignidade humana. Sob o aspecto público, exige-se o assento do nome e atribui-se imutabilidade relativa ao registro. Sob o aspecto privado, tem-se o direito à identidade e à transmissão do sobrenome aos descendentes.
2. O princípio da imutabilidade, que rege o registro do nome, não é absoluto, uma vez que o ordenamento pátrio contempla diversas hipóteses de retificação e alteração tanto para o prenome quanto para o sobrenome. A alteração do sobrenome exige a manutenção dos apelidos de família.
3. Na hipótese, verificam-se os requisitos de excepcionalidade e motivação, além das formalidades processuais exigidas para o acréscimo de apelido ao sobrenome. [...] (REsp 1393195/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 07/11/2016)

In casu, os fundamentos apresentados pelo Autor afiguram-se mais do que suficientes, não sendo razoável que lhe seja tolhido o direito de manter vivas as suas raízes familiares. Ressalta-se que a escolha feita pelos ascendentes, que por opção, convenção social, ou por mera formalidade excluíram o patronímico “Ottoni”, não retira do Demandante o direito a reinserir ao seu nome o patronímico de sua bisavó, mormente porque trata-se de direito da personalidade, indisponível e imprescritível, que pode, portanto, ser exercido por seu titular a qualquer tempo.

Nesse sentido, colhe-se da já citada doutrina de Limongi França:

“[...] o nome de família pode ser retomado por um seu representante a qualquer tempo, por maior que tenha sido a interrupção no seu uso”. (p. 219)

E mais adiante, tratando especificamente da omissão de apelido de família quando do registro:

“O direito de por o nome não é arbitrário, mas deve obedecer a certas regras, entre as quais a que se entende com o próprio direito ao nome do registrando. Assim, se quem pôs o nome, omitiu o apelido de família cuja adoção era não só de direito mas ainda obrigatória para o registrando, com isso forneceu uma causa justificativa de mudança de patronímico”. (p. 278)

Em situações semelhantes já se manifestou a jurisprudência pátria:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO AVÔ MATERNO NO NOME. CABIMENTO. DECISÃO REFORMADA. O nome é formado por prenome e sobrenome, se caracterizando como um direito subjetivo, expressão da personalidade. Alteração do nome que, apesar de não ser a regra, não pode ser analisada com exacerbado formalismo. Caso dos autos em que, além de não causar prejuízos à apelante e a terceiros, a inclusão do sobrenome avoengo possibilita um resgate da ancestralidade paterna, sem falar na identificação com o grupo familiar. Precedentes desta Câmara Julgadora. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70076370907, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 10/05/2018)

APELAÇÃO CÍVEL - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ACRÉSCIMO DO PATRONÍMICO AVOENGO - ADMISSIBILIDADE. - É possível a alteração do registro civil para acréscimo do patronímico avoengo, desde que tal modificação não afete direitos da personalidade, dificulte a identificação da pessoa ou prejudique interesse de terceiros. (TJ-MG - AC: 10470160060781001 MG, Relator: Paulo Balbino, Data de Julgamento: 21/09/2017, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/10/2017)

AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. Pretensão improcedente, na origem, sob a premissa da imutabilidade do nome. Apelo do autor. Acréscimo de sobrenome da avó paterna. Justo motivo. Preservação do nome de família e origens. Inexistência de vedação legal para a alteração pretendida, sobretudo, quando inexistentes indícios de fraude ou prejuízo em desfavor de terceiros. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 00017334520108260262 SP 0001733-45.2010.8.26.0262, Relator: Alexandre Bucci, Data de Julgamento: 21/10/2014, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2014)

CIVILEPROCESSUALCIVIL.APELAÇÃO CÍVEL.PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PESSOA NATURAL. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELO. ACATADA ALEGAÇÃO DE QUE A PRETENSÃO DE HOMENAGEAR ANTEPASSADOS. JUSTIFICARIA RETIFICAÇÃO. INCLUSÃO DE PATRONÍMICO DO BISAVÔ. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS A TERCEIROS. POSSIBILIDADE. EXCESSÃO MOTIVADA. ART. 57 DA LRP. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0508294-73.2017.8.05.0001, Relator (a): Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 19/12/2017)(TJ-BA - APL: 05082947320178050001, Relator: Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 19/12/2017)

Por tais razões, e levando-se em conta, conforme exposto, que a inclusão do sobrenome “Ottoni” não enseja prejuízo aos apelidos de família e, tampouco, caracteriza ofensa à ordem jurídica, já que

inexiste qualquer impedimento legal, voto no sentido de dar provimento ao recurso a fim de determinar a inclusão do patronímico bisavoengo paterno “Ottoni” ao nome do Apelante, que passará, então a se chamar, José Lucas Otonni Dias da Silva.

É o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0301983-09.2018.8.24.0091, da Capital – Eduardo Luz

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA – HABILITAÇÃO DE CASAMENTO HOMOAFETIVO – POSSIBILIDADE

A partir do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, dentre outros aspectos, a relação entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o casamento homoafetivo passou a ser reconhecido pelo ordenamento constitucional-jurídico pátrio.

Tanto que, em cumprimento à decisão da Corte Suprema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175/2013 que em seu art. 1º dispõe ser “*vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo*”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301983-09.2018.8.24.0091, da Comarca da Capital - Eduardo Luz Vara de Sucessões e Reg Pub da Capital em que é Apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apeladas Ines Mendes e outra.

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 11 de dezembro de 2018, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Ricardo Fontes e Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2018.

Desembargador Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Por refletir fielmente o contido no presente feito, adoto o relatório da sentença de fls. 18-19:

“Trato de processo de habilitação para casamento firmado por Inês Mendes e Cintia Aparecida da Cunha, perante a escrivania de paz do Distrito de Santo Antônio de Lisboa, deste Município e Comarca, e que foi impugnada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina” (fl. 18).

Acrescento que a Magistrada *a quo* homologou a disposição de vontades, consignando na parte dispositiva do *decisum*:

“Pelo exposto, por sentença, homologo a disposição de vontades manifestada pelas requerentes do presente procedimento, e autorizo o casamento pelo regime escolhido.

Esta sentença substitui a celebração e possui efeitos imediatos, não cabendo recurso, conforme o disposto no § 2º do art. 67 da Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).

Assim, lavre-se o assento de casamento e providencie-se as averbações nos registros de nascimento das partes.

Servirá a presente decisão como mandado judicial, para que o Senhor Oficial do Registro Civil proceda a averbação da sentença no registro de nascimento das partes.

Sem custas, ante a gratuidade ora deferida.

Incabível o arbitramento de honorários advocatícios” (fls. 18-19).

O representante do *Parquet*, inconformado, interpôs apelação.

Alegou, em síntese, não haver previsão constitucional e legal que autorize o casamento entre pessoas do mesmo sexo e salientou que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132 reconheceu como hígida a união estável homoafetiva, mas não o casamento.

Ao final, pugnou o provimento do recurso a fim de reformar a decisão e afastar a autorização de casamento entre as interessadas.

O prazo para apresentação de contrarrazões transcorreu *in albis* (fl. 32).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça, Doutor Paulo Cezar Ramos de Oliveira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Na sequência, os autos vieram conclusos para julgamento.

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 recurso, como se verá, não merece provimento.

A admissão de casamento entre pessoas do mesmo sexo, mediante interpretação extensiva do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e observada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por oportuno, reproduz-se e adota-se como razões de decidir os judiciosos fundamentos apresentados no parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Doutor Paulo Cezar Ramos de Oliveira, pela Procuradoria-Geral de Justiça, os quais sintetizam com elevada propriedade o cenário jurídico nacional a respeito da *quaestio juris* em discussão:

“É que, ao contrário do que tenta fazer crer o recorrente, a interpretação que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo é a que atende de forma mais satisfatória o escopo do Direito contemporâneo em todas as matrizes epistemológicas jurídicas a que o jurista cientificamente diligente filie-se (filosofia analítica, hermenêutica e pragmática2).

É clássica a lição de Carlos Maximiliano de que ‘com a promulgação, a lei adquire vida própria e autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor.’

A ideia de extensão da eficácia atual da norma como consequência do fenômeno interpretativo impede que o direito positivo constitua-se um bloco impenetrável e, assim, obstáculo ao progresso, de forma que, no sentido de conferir valor à própria lei é que inclusive partidários da doutrina tradicionalista reconhecem que o intérprete aprimora o texto quando adapta as necessidades sociais presentes à regra original, porque, conforme sinaliza Ronald Dworkin, um dos mais importantes filósofos do direito na contemporaneidade, ‘o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis’

Também seguem nessa linha as lições de Eduardo Couture:

Se algo existe para acrescentar a essa reunião de gramática, lógica, história e sistema, é a ideia de atualidade na vigência do Direito. O fenômeno de interpretação não tende a revelar o pensamento do legislador, mas sim a extensão da eficácia atual da norma. O Direito prorroga, indefinidamente, a sua vigência no sentido do futuro. A regra jurídica nasce um dia, para uma certa sociedade e para uma determinada época histórica, mas estende seu diâmetro temporal de validade a todo o porvir, até o dia de sua derrogação. O tempo da lei e o seu sentido não são, apenas, o tempo e o sentido de sua sanção, mas também o tempo e o sentido de sua vigência.

É preciso não desatentar de toda a crítica tecida ao lado ruim do positivismo implícito no modelo kelseniano⁶ quando da atitude interpretativa, certo de que, seguindo o conselho de Gadamer, ‘entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. **Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção**’ (Grifei).

Elastecer, portanto, a compreensão do texto legal (no caso, dos arts. 226, §3º da CF/888, 1.514 e 1.723, *caput*, do Código Civil, e 1º da Lei n. 9.278/96) com o escopo de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não trata de fazer prevalecer a subjetividade ou os julgamentos de valor moral no Direito, mas de assegurar que nenhum conflito prático permaneça entre a justiça e a supremacia legislativa, porque, para além e mais significativa que os textos pelos quais se fixa o recurso de apelação, é a norma jurídica fundamental colocada em primeiro lugar de importância em nossa Carta Maior: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), assim conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ora, a sentença atacada acompanhou o julgado conjunto, proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 na ADPF de n. 132 e na ADI de n. 4277, a respeito da união homoafetiva, em acórdão de acuidade fundamentativa impecável e que, embora verse a respeito da união estável (art. 1.723 do Código Civil), amolda-se analogamente ao raciocínio que se deve construir em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vejamos a ementa publicada em relação ao referido julgado:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA

DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.

Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º).

Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969.

Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família.

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', *verbis*: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos ratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável Heteroafetiva.

Aliás, especificamente com relação ao casamento (art. 1.514 do Código Civil), cuja aplicação é reclamada pelo recorrente (como se a sentença não houvesse se atentado para tanto), também no ano de 2011 o Superior Tribunal de Justiça, enquanto guardião máximo a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional no país, acompanhou a tendência assinalada pela Corte Constitucional no julgamento do REsp n. 1183378, passando a garantir a habilitação da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Segue a respectiva ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam 'de costas' para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado 'família', recebendo todos eles a 'especial proteção do Estado'.

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a 'especial proteção do Estado', e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os 'arranjos' familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família,

e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

Vale destacar, ainda, que em atenção ao posicionamento consolidado nestes icônicos julgados, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 175/13, que expressamente dispõe que ‘é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo’ (art. 1º), bem como que ‘a recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis’.

A despeito do que sustenta o apelante, a Corte Catarinense vem, de forma a cumprir com seu dever de coerência (art. 926, caput, do CPC/1514), acompanhando a inteligência construída nas Cortes Superiores, como infere-se dos seguintes julgados proferidos pelas Primeira, Segunda e Sexta Câmaras de Direito Civil:

CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. HABILITAÇÃO DO CASAMENTO OBSTADA POR SE TRATAR DE RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. VIABILIDADE JURÍDICA INQUESTIONÁVEL.

A conversão da união estável em casamento é garantida pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, segundo a qual ‘para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.

O fato de o relacionamento ser homoafetivo já foi superado pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132-RJ e na Adi 4.277-DF, que tem efeito *erga omnes*, de modo que reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente viável e, frise-se, socialmente justo.

A conversão da união estável em casamento foi garantida pela Resolução nº 175 do CNJ que veda, às autoridades competentes, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (art. 1º).

APELO CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO.

DIREITO DE FAMÍLIA CASAMENTO HOMOAFETIVO - HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO - IMPUGNAÇÃO POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CASAMENTO AUTORIZADO POR SENTENÇA - IRRESIGNAÇÃO DO *PARQUET* - ILEGALIDADE - AFASTAMENTO - VIABILIDADE

JURÍDICA VERIFICADA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A conversão da união estável em casamento é aplicável às pessoas do mesmo sexo.

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOAFETIVO. IMPUGNAÇÃO À HABILITAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. RECURSO QUE SUSTENTA TESE DE ILEGALIDADE. INACOLHIMENTO. RESOLUÇÃO N. 175 DO CNJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

‘1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a ‘especial proteção do Estado’, assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ [...]’ (Apelação Cível Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO HOMOAFETIVO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA HOMOAFETIVIDADE JÁ SUPERADA JURISPRUDENCIALMENTE. TEMA OBJETO DE DISCUSSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO CONJUNTO DA ADI N. 4277 E ADPF N. 132 - , SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP N. 1183378/RS - E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - RESOLUÇÃO N. 175 DE 14 DE MAIO DE 2013 -. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO AO ENLACE ENTRE PESSOAS DE MESMO SEXO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Ressalta-se, aliás, que todos os julgados mencionados, oriundos de casos análogos provenientes da mesma Comarca da Capital, foram antecedidos de manifestação do Ministério Público de 2º grau como custos iuris, em que opinaram pelo desprovimento dos reclamos, revelando que a interposição, pelo *Parquet* de 1º grau, de seguidos recursos sabidamente infrutíferos é estratégia que assoberba o sistema, propicia gasto excessivo de dinheiro, energia de pessoal e de tempo da administração da justiça e dos próprios jurisdicionados, não acompanhando a visão institucional a respeito do tema.

Conforme demonstrado, a manutenção da sentença atacada é impositiva e homenageará não apenas os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade das apeladas, como também o princípio da segurança jurídica, alçado como um dos valores estruturantes principais do CPC/15 pela comissão responsável pela condução do seu anteprojeto.

Neste sentido, é precisa a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

É pouco mais do que absurdo atribuir a uma Corte Suprema o poder de definir a interpretação que deve vigorar e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários não levem essa interpretação ‘a sério’. Isso seria uma inconcebível contradição lógica ‘interna ao sistema judicial’, pois daria aos tribunais ordinários o poder de discordar das decisões que constituem a razão de ser do Tribunal Supremo. Um sistema que outorga à Corte Suprema o poder de definir a interpretação da lei e, ao mesmo tempo, admite que os tribunais ordinários decidam de acordo com as ‘suas vontades’ não se reveste de sentido. Essa lógica não só subverte o bom-senso, mas também ignora e viola a Constituição Federal” (fls. 42-51).

Este Órgão Fracionário, na mesma linha de entendimento, já se manifestou:

“APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CASAMENTO HOMOAFETIVO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DO PEDIDO.

INSURGÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL RECONHECENDO O CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO. INSUBSISTÊNCIA DO APELO. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DADA AO TERMO “FAMÍLIA” CONSTANTE NO ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PELO STF, AO JULGAR A ADI 4277. RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO PELO STJ NO RESP 1.183.378 E PELO CNJ NA RESOLUÇÃO N. 175/2013. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA COM MESMO ENTENDIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (AC n. 0000115-74.2015.8.24.0091, Des^a. Cláudia Lambert de Faria).

Pelos fundamentos acima apresentados, portanto, não há dúvidas de que o recurso deve ser desprovido, mantendo-se a sentença em seus exatos termos.

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

Apelação Cível n. 0302161-47.2017.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

INSURGÊNCIA DOS DEMANDANTES.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FOI DADA A OPORTUNIDADE AO DEFENSOR DO AUTOR DE FAZER QUESTIONAMENTOS AO ADOTANDO. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE O PATRONO DA PARTE QUE PRESTA DEPOIMENTO LHE DIRIGIR PERGUNTAS, PORQUANTO SERIA O CASO DE INDAGAR A SI MESMO. PRELIMINAR AFASTADA.

MÉRITO.

ALEGAÇÃO DE QUE O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGUROU JULGAMENTO *EXTRA PETITA*, POR SER DIVERSO DO PLEITO EXORDIAL (ADOÇÃO UNILATERAL). INSUBSISTÊNCIA. A ADOÇÃO É INSTITUTO AMPLO QUE ENGLOBA A DUPLA PATERNIDADE, SENDO ESTA ÚLTIMA REFLEXO DAQUELA. ADEMAIS, EM AMBAS HÁ O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO, NORTEADO PELOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

“Assim, “Consoante entendimento sedimentado no STJ, não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraída da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita. [...]” (AgRg no AREsp n. 322.510/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11-06-13).” (TJSC, Apelação Cível n. 0008501-29.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-09-2017)

INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS NOS AUTOS PARA EXCLUSÃO DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. ALEGAÇÃO DO FILHO, EM AUDIÊNCIA, DE QUE O SEU GENITOR, JÁ FALECIDO, ERA UM ÓTIMO PAI. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO, TAMBÉM, QUANTO À MENÇÃO DA DUPLA PATERNIDADE (BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA) EM SEUS DOCUMENTOS PESSOAIS.

DECLARAÇÃO ACOSTADA AO FEITO, POSTERIORMENTE AO ATO APRAZADO, QUE NÃO POSSUI FORÇA PROBANTE SUFICIENTE A DERRUIR O DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO. INDAGAÇÕES DE PRAXE, REALIZADAS EM AUDIÊNCIA, QUE NÃO SE MOSTRARAM INSTIGADORAS.

VONTADE DOS APELANTES QUE NÃO PODE SE SOBREPOR À LEI E AOS SEUS NOVOS INSTITUTOS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CONSTRANGIMENTO PARA AS PARTES QUANTO AO RECONHECIMENTO DA DUPLA PATERNIDADE, QUE É HARMONIZÁVEL COM CONCEPÇÃO ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA.

VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE VÍNCULO AFETIVO TANTO NA PATERNIDADE BIOLÓGICA QUANTO NA SOCIOAFETIVA QUE ENSEJA O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE.

“6. O conceito de multiparentalidade exsurge, pois, como uma opção intermediária em favor do filho que ostenta vínculo de afetividade com o pai afetivo e com o pai registral, sem que se tenha de sobrepor uma paternidade

à outra. Não há critério que possa definir preferência entre as duas formas de paternidade, sobretudo, quando há vínculo afetivo do menor tanto com o pai registral, como em relação ao pai biológico.” (TJDFT, Acórdão n.919129, 20130610055492APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 16/02/2016)

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302161-47.2017.8.24.0008, de Blumenau, da comarca de Blumenau 2ª Vara da Família em que é/são Apelante(s) V. M. S. e outro e (s).

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Luiz César Medeiros e dele participou, com voto, o Excelentíssimo Desembargador Ricardo Fontes.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

Relatora

RELATÓRIO

V.M.S, Z.A e W.M.A.S ajuizaram ação de adoção unilateral objetivando formalizar a adoção de W.M.A.S.

Aduziram, em síntese, que o requerente V.M.S vive em união estável com a mãe do adotando, Z.A, há três anos. Destacaram que o adotante sempre foi referência paterna para W.M.A.S e seu irmão, principalmente após o falecimento do genitor biológico, e que possuem uma verdadeira relação de pai e filho.

Diante disso, postularam: a) a procedência da ação para que seja deferido o reconhecimento da paternidade de V.M.S em relação a W.M.A.S, com o qual a mãe biológica, Z.A, manifestou concordância; b) a concessão do benefício da justiça gratuita; c) a oitiva em juízo dos interessados na adoção. Juntaram documentos (fls. 11/21).

Intimado o Ministério Público, foi apresentada manifestação às fls. 25/27, pleiteando a declinação de competência para uma das varas de direito de família da comarca de Joinville, o que foi feito em decisão de fl. 28.

As partes juntaram novos documentos às fls. 33/58, noticiando a tramitação de processo de adoção do irmão menor de W.M.A.S, perante a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Blumenau (n. 0302226-42.2017.8.24.0008).

Lavrou parecer a representante do Parquet (fls. 56/58), postulando a emenda da inicial, a designação de audiência, bem como a realização de estudo social.

Intimados os requerentes para melhor esclarecerem o pedido constante na proemial (fl. 60), foi solicitada, em petição de fls. 61/63, a adoção com o cancelamento do registro do pai biológico.

O Ministério Público manifestou-se à fl. 80.

Na petição de fl. 90, o demandante W.M.A.S manifestou desinteresse na alteração do seu nome, em virtude da mudança de paternidade.

Designada audiência, foram colhidos os depoimentos de V.M.S e W.M.A.S (fls. 92 e 96/97).

Foi apresentado parecer ministerial às fls. 98/101, opinando pela procedência do pedido, a fim de incluir o nome do adotante junto ao registro de nascimento de W.M.A.S, mantendo-se o nome do pai biológico, bem como dos avós paternos.

Os autores peticionaram às fls. 102/103 e fls. 104/107, requerendo o indeferimento do pleito da representante do Parquet, no sentido de fazer constar, tão somente, o nome de V.M.S como genitor de W.M.A.S. Juntaram documentos de fls. (108/113).

Intimada, a representante do Ministério Público ratificou a manifestação de fl. 98/101.

Houve pedido de uniformização de decisões (fls. 121/125), considerando a sentença proferida nos autos n. 0302226-42.2017.8.24.0008, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Blumenau, na qual foi concedida a adoção de E.M.A.S, irmão menor de W.M.A.S, ao pleiteante V.M.S.

Após, sobreveio a sentença (fls. 120/127), acolhendo o pedido inicial, com dispositivo foi proferido no seguinte sentido:

Ante o exposto, conheço do pedido como reconhecimento de paternidade socioafetiva, e, porque presentes os requisitos legais, JULGO PROCEDENTE a pretensão formulada para, em consequência RECONHECER a paternidade socioafetiva do Sr. Valdek Meneghim Silva em relação ao jovem William Meneghim Alves e Silva, devendo ser incluído no registro de nascimento de William o nome do pai socioafetivo, sem alteração dos avós paternos, observado o artigo 47, caput e §1º, da Lei n. 8.069/90. Os registros relativos ao pai biológico deverão ser integralmente MANTIDOS, apenas acrescentando-se, conforme destacado, os registros do pai socioafetivo.

Custas pelos requerentes. Incabível a condenação em honorários advocatícios.

Transitada em julgado esta sentença, expeça-se o respectivo mandado de averbação.

Opostos os embargos declaratórios n. 0007411-03.2018.8.24.0008, estes restaram rejeitados (fl. 148).

Inconformados, os demandantes interpuseram recurso de apelação (fls. 141/147), aduzindo que a sentença foi proferida em contrariedade à vontade das partes, uma vez que o pedido inicial versava sobre a adoção e não acerca do reconhecimento da paternidade socioafetiva, configurando um julgamento extra-petita.

Ademais, disseram que houve cerceamento de defesa durante a audiência, porquanto não foi dada oportunidade a V.M.S, que advoga em causa própria, de fazer perguntas para o adotado. Alegaram, também, que o requerente W.M.A.S foi coagido a responder somente os questionamentos do Ministério Público e que foi induzido, durante o ato, a responder de forma diversa a sua vontade.

Sendo assim, requereram a reforma da sentença prolatada para que o pedido inaugural seja julgado nos termos pleiteados.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes, aduzindo ser desnecessária a intervenção ministerial no caso.

Os autos ascenderam a este Tribunal, vindo conclusos para julgamento.

VOTO

Inicialmente, diante da entrada em vigor, a partir de 18/03/2016, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16/03/2015), faz-se necessário definir se a nova lei será aplicável ao presente recurso.

Com relação 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.

Na espécie, vê-se que foram preenchidos tais requisitos, razão pela qual o recurso deve ser conhecido.

Por seu turno, a análise do pleito recursal também deve obedecer aos dispositivos do novo código.

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA

Alegam os autores que foram cerceados em seu direito de defesa, uma vez que, na audiência realizada em 31/08/2017, não foi dada oportunidade ao seu advogado, também demandante, de dirigir perguntas ao adotando W.M.A.S.

Todavia, razão não lhes assiste.

Diferentemente do que ocorre na oitiva de testemunhas arroladas pelas partes, em sede de depoimento pessoal não pode o togado permitir que o patrono do próprio depoente lhe faça perguntas, porquanto seria o caso de questionar a si mesmo.

Nesse sentido, colaciona-se julgado desta Corte de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA. CONCISÃO. VALIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO DESPROVIDO. *Recusa de perguntas do procurador a seu constituinte no depoimento pessoal deste não traduz cerceamento de defesa, pois se confundem e traduziria indagação a si próprio, com o risco de retratação confessional, apenas perguntam o juiz, o representante do Ministério Público e o advogado da parte contrária. O advogado do depoente só fiscaliza a inquirição e redação do*

depoimento. Não é nula a sentença concisa, que dá as razões de decidir. Nos termos da Lei 1.060/50 defere-se a justiça gratuita, mera isenção das despesas processuais, mediante simples afirmação do autor de que não está em condições de suportar os custos do processo, sem prejudicar o sustento próprio e da família. (TJSC, Apelação Cível n. 2004.015759-2, de Mafra, rel. Des. Domingos Paludo, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, j. 19-10-2009). (grifou-se)

Destaca-se, ainda, da doutrina:

A produção da prova divide-se em duas fases: preparação e realização. A preparação da prova antecede a audiência de instrução, constituindo-se na intimação da parte para que compareça em juízo sob pena de confesso. Tal intimação, obrigatoriamente pessoal, pode se realizar tanto por correio como por oficial de justiça, preferindo-se, sempre que possível, a primeira forma, por ser mais rápida, simples e barata. **A realização se dá na audiência de instrução e julgamento, seguindo basicamente a forma prescrita para a oitiva das testemunhas, com a diferença de que no depoimento pessoal o patrono da parte que depõe não pode lhe fazer perguntas.** Primeiro as perguntas do juiz, depois as perguntas do advogado da parte contrária em, por fim, as perguntas do Ministério Público, quando funcionar no processo como fiscal da ordem jurídica. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 5 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 768) (grifou-se)

A princípio, a parte não pode requerer o seu próprio depoimento, tampouco pode o magistrado permitir que o seu advogado lhe faça perguntas, caso o seu depoimento seja requerido pela parte adversária. As declarações de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova em seu favor, na medida em que reforcem a convicção do julgador. (BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil – Volume II (Teoria da Prova, Direito Probatório, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 172) (grifou-se)

Além do mais, no caso dos autos, a parte foi indagada na presença do magistrado singular e da representante do *Parquet* que, como fiscal da lei, apontaria qualquer irregularidade no ato, caso existente. E, por se tratar de direito indisponível, ambos buscam, em conjunto, a decisão que seja mais coerente e justa ao interesse dos autores.

Deste modo, deve ser afastada a preliminar aventada. O suscitado julgamento extra petita será analisado com o mérito da demanda, por com ele se confundir.

MÉRITO

Salienta-se, desde já, que o estabelecimento, pelo juízo *a quo*, da multiparentalidade não configurou decisão extra petita.

Isso porque, em consonância com entendimento desta Corte de Justiça, a adoção é um instituto mais amplo que engloba a dupla paternidade, sendo, portanto, esta última reflexo daquela.

Nesse sentido, destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ADOÇÃO UNILATERAL. PLEITO DA GENITORA E PADRASTO EM FAVOR DO ENTEADO E CONTRA O PAI BIOLÓGICO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO RÉU. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E JULGAMENTO EXTRA PETITA. AFASTADAS.

MÉRITO. MULTIPARENTALIDADE. FORTE VÍNCULO AFETIVO E EXERCÍCIO DOS DEVERES DA PATERNIDADE QUE NÃO JUSTIFICAM A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, NEM A ADOÇÃO. APROXIMAÇÃO ENTRE PAI E FILHO, COM O ESTREITAMENTO DE LAÇOS E EXERCÍCIO DA PATERNIDADE COMPROVADA. VEEMENTE OPOSIÇÃO DO GENITOR QUANTO AO PEDIDO DE ADOÇÃO. INFANTE QUE NÃO POSSUI CONDIÇÕES DE DISCERNIR ACERCA DE TAL SITUAÇÃO. ESTUDO SOCIAL E LAUDO PSICOLÓGICO QUE ALERTAM SOBRE INSEGURANÇA DAS PARTES E EVENTUAL PROBLEMAS AOS ENVOLVIDOS EM VIRTUDE DA REPERCUSSÃO SOCIAL. SITUAÇÃO FÁTICA QUE PODERÁ SOFRER ALTERAÇÕES, COM REFLEXOS SOBRE A PATERNIDADE AFETIVA, TENDO EM VISTA A POUCA IDADE DA CRIANÇA. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E DA FAMÍLIA NATURAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0008501-29.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-09-2017). (grifou-se)

Do inteiro teor, extrai-se:

No que tange à tese de julgamento *extra petita*, verifica-se que há pedido de adoção do infante na peça inicial, o que foi acolhido na sentença, embora sem reconhecimento de destituição do poder familiar.

Nesse caso, o estabelecimento da dupla paternidade representa mero desdobramento do pedido de adoção.

Assim, “Consoante entendimento sedimentado no STJ, não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraída da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita. [...]” (AgRg no AREsp n. 322.510/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11-06-13).

Portanto, não há falar que o julgamento concedeu tutela diversa da pleiteada na peça exordial. (grifou-se)

Outrossim, evidencia-se que, tanto na multiparentalidade, quanto na adoção, há o reconhecimento do vínculo afetivo, norteados pelos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a razão de ser das duas é a mesma.

Sobre os laços afetivos que conectam o adotante e o adotado a doutrina ensina que:

É a filiação em sua mais pura essência, pois estabelece um parentesco eletivo, decorrendo de um ato de afeto e solidariedade. Evidencia, sem dúvida, os aspectos mais caros e relevantes de uma família, como a solidariedade recíproca, o afeto, a ética e a dignidade das pessoas envolvidas.

[...]

A adoção é lugar privilegiado para a manifestação socioafetiva pois **“mais do que laços de sangue, o que une o adotante e o adotado são os laços de afeto, que se constroem no espaço de convivência familiar”**.

Aliás, é conveniente realçar, ainda, a ideia de que a adoção é decorrente de uma escolha recíproca, uma espécie de via de mão dupla, na qual adotante e adotando se escolhem e se adoram. (DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Famílias. 5 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013. p. 1057 e 1058) (grifou-se)

Esses mesmos laços foram motivadores de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual houve o reconhecimento da filiação socioafetiva, com a preservação da biológica, por ser a mãe do menor já falecida:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - **Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filição socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade** Recurso provido. (TJSP; Apelação 0006422-26.2011.8.26.0286; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/08/2012; Data de Registro: 14/08/2012) (grifou-se)

Aliás, utilizando a razão de ser do julgado supracitado, salienta-se que, da análise dos autos, não se vislumbram motivos razoáveis para excluir o nome de C.T.S da certidão de nascimento de W.M.A.S, pois, segundo este último mencionou em juízo, o genitor sempre foi um “ótimo pai”, enquanto vivo.

Além do mais, não se opôs o interessado à manutenção do nome de seu pai biológico em seus documentos pessoais, com a inclusão de V.M.S, dizendo, ainda, que, para ele próprio, seria melhor a menção dos dois genitores.

Realça-se que, embora tenha sido juntada, posteriormente, a declaração de fl. 108, essa não possui força probante suficiente a derruir a prova produzida em juízo, na presença do magistrado singular e da representante do *Parquet*.

Outrossim, da oitiva dos registros das audiências (fls. 96/97), não se verificou qualquer induzimento por parte do togado ou da promotora, que fizeram, tão somente, os questionamentos de praxe, a fim de melhor atenderem ao interesse das partes, ainda mais por se tratar de questão tão cara, que envolve direito indisponível.

Muito embora seja legítima a vontade dos apelantes, salienta-se que esta não pode se sobrepor à lei e aos seus novos institutos. Assim sendo, não se afigura adequado que as partes acordem com a exclusão do vínculo biológico, porquanto, segundo constou nos autos, em vida, C.T.S cumpriu o seu papel de pai.

Cumprir destacar, ainda, que não é demérito algum que a pessoa possua um genitor biológico e um genitor socioafetivo. Inexiste qualquer constrangimento para as partes, por ser a dupla paternidade instituto amplamente conhecido no meio jurídico e harmonizável com as atuais concepções de direito de família. Como bem aduziu o magistrado singular, esta parece ser a percepção somente de V.M.S, porquanto essa questão foi, apenas, por ele suscitada quando inquirido em audiência.

A propósito, quanto à paternidade socioafetiva, evidencia-se que inexiste sobreposição dessa à paternidade biológica, quando em ambas se verificar a existência do vínculo afetivo. É justamente da coexistência desses elos (biológico e afetivo) que unem o filho aos seus genitores que surgiu o conceito da multiparentalidade.

Mutatis mutandis, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PATERNIDADE BIOLÓGICA. EXAME DE DNA. PATERNIDADE

REGISTRAL E AFETIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. MULTIPARENTALIDADE. 1. O decisum configura o corolário da exordial; a correlação entre pedido e sentença é medida que se impõe, mostrando-se vedado ao julgador decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita), ou além (ultra petita) do requerido na inicial. Eis o porquê de a decisão vincular-se à causa de pedir e ao pedido. 2. O direito de família deve ser sempre regulamentado em face dos interesses do menor, vulnerável na relação familiar, a fim de lhe propiciar bem-estar e bom desenvolvimento não somente físico, mas moral e psicológico, elementos integrantes da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio. 3. O mero vínculo genético, por si só, não é suficiente para afastar a paternidade de cunho afetiva. Em algumas situações, a filiação afetiva pode-se sobrelevar à filiação biológica, em razão da relação de carinho e afetividade construída com o decorrer do tempo entre pai e filho. 4. Há que se enaltecer a importância da convivência tanto materna quanto paterna, ao passo em que o direito do menor de conviver com seu pai afetivo mostra-se de fundamental relevância para o desenvolvimento e formação da criança, máxime quando inexistente qualquer motivo que não a recomende. 5. O reconhecimento da paternidade biológica fundamentado em exame de DNA, sobretudo, em caso de o pai biológico haver incidido em erro quanto à verdadeira paternidade biológica da criança, merece ser reconhecida quando o pai demonstra interesse em exercer o seu papel em relação ao filho, dispensando-lhe cuidado, sustento e afeto. **6. O conceito de multiparentalidade exsurge, pois, como uma opção intermediária em favor do filho que ostenta vínculo de afetividade com o pai afetivo e com o pai registral, sem que se tenha de sobrepor uma paternidade à outra. Não há critério que possa definir preferência entre as duas formas de paternidade, sobretudo, quando há vínculo afetivo do menor tanto com o pai registral, como em relação ao pai biológico.** 7. Rejeitou-se a preliminar. Negou-se provimento aos apelos. (TJDFT, Acórdão n.919129, 20130610055492APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 16/02/2016) (grifou-se)

Em respeito à memória de C.T.S, que já é falecido, e, considerando a concordância das partes no que se refere ao vínculo afetivo entre elas havido, inexistem razões plausíveis para reformar a sentença prolatada pelo juízo *a quo*, tendo em vista a sua sensibilidade em conceder o melhor provimento a todos os envolvidos, com o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0004073-48.2012.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. FILÉS DE TILÁPIA EM CÂMARA DE REFRIGERAÇÃO E CONGELAMENTO. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERDA TOTAL DO PRODUTO. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA AUTORA. CUSTOS DO PROCESSO PRODUTIVO. RELEVÂNCIA. DECRÉSCIMO PATRIMONIAL COMPROVADO. PESCADO MANUFATURADO PRONTO PARA COMERCIALIZAÇÃO COMO FILÉ. LUCROS CESSANTES. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO QUE DEVE CORRESPONDER AO VALOR QUE A EMPRESA AUTORA DEIXOU DE AUFERIR EM DECORRÊNCIA DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. VALOR DE VENDA DO FILÉ À ÉPOCA. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. READEQUAÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004073-48.2012.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara Cível), em que é apelante Indústria de Pescados Rio Vivo Ltda EPP, e apelada Celesc DistribuiçãoS/A:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e provê-lo, tudo nos termos do voto. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de dezembro de 2018, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 15 de Abril de 2019.

Jairo Fernandes Gonçalves

RELATOR

RELATÓRIO

Indústria de Pescados Rio Vivo Ltda. EPP ajuizou, na comarca de São Miguel do Oeste, Ação Indenizatória, registrada com o n. 0004073-48.2012.8.24.0067, contra Celesc Distribuição S/A, na qual alegou atuar no ramo frigorífico de peixes, especialmente na produção de filés de tilápia e ter suportado prejuízos financeiros com a perda de 3.500kg de filés de tilápia, os quais eram mantidos na câmara de refrigeração e/ou congelamento. Argumentou que os prejuízos ocorreram em razão da interrupção injustificada do fornecimento de energia elétrica entre os dias 13-3-2010 e 14-3-2010, ocasionada por desídia da parte ré. Afirmou ter realizado comunicado à concessionária (protocolo n. 2783253), com pedido de urgência, considerando o alto nível de perecibilidade e contaminação. Disse, ainda, que de acordo com o laudo de inspeção sanitária, restou comprovada a falta de energia nos dias

especificados, sendo que, à época, vendia os filés a R\$ 7,00 o quilo. Forte em tais argumentos, pugnou pela procedência da demanda para condenar a ré a arcar com as perdas e danos, além das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Citada (fl. 37), a ré apresentou contestação (fls. 39-67).

Houve réplica (fls. 112-118) e, às fls. 130-134, sobreveio sentença, a qual restou cassada (fls. 193-201).

De volta à origem, a parte autora apresentou emenda à inicial (fls. 217-219), esclarecendo que o quilo do filé de tilápia era vendido, à época, por R\$ 14,00, o que restou contestado pela ré (fls. 226-227), alegando estar a empresa litigando de má-fé. Em réplica (fls. 232-234), a demandante insistiu que o valor de venda era de R\$ 14,00 o quilo.

Durante a instrução, foi colhido o depoimento pessoal do responsável pela agência ré, e ouvidas duas testemunhas da parte autora (fls. 240-243).

Após as alegações finais (fls. 244-249 e 253-256), sobreveio nova sentença (fls. 261-269) que julgou parcialmente procedente o pedido da autora, condenando a ré ao pagamento de R\$ 3.500,00, com os acréscimos legais, além de 7% das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, ante o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Indústria de Pescados Rio Vivo Ltda EPP, inconformada, interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 273-282), pugnando, em síntese, pela reforma da sentença no tocante ao valor da verba indenizatória, especialmente porque deixara o juízo singular de considerar os custos do processo produtivo. Por fim, pugnou pela redistribuição dos ônus sucumbenciais, a fim de sejam eles suportados integralmente pela ré.

Intimado, Celesc Distribuição S/A apresentou contrarrazões às fls. 294-299.

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

Por primeiro, importa registrar que este Relator, pautado pela modificação no Ato Regimental n. 41/2000, promovida pelo Ato Regimental n. 149/2017 – que passou a incluir no âmbito de competências das câmaras de Direito Público os atos oriundos de sociedade de economia mista, excluídos até então (art. 3º) – vinha se posicionando no sentido de declarar *ex officio* a incompetência *ratione personae* desta Quinta Câmara de Direito Civil para processar e julgar a demanda. Isso em razão de figurar num dos polos da demanda sociedade de economia mista com participação do Estado de Santa Catarina.

Também se justificava a incompetência funcional em razão da matéria das câmaras de Direito Civil porque, no caso em tela, discute-se a regularidade do fornecimento de energia elétrica, os transtornos

ocasionados ao usuário decorrentes da interrupção prolongada indevidamente do serviço público, perpassando, ainda, pela análise de regras relacionadas à prestação da referida atividade delegada, previstas em normas aplicáveis ao setor e supervisionadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, circunstâncias que, na ótica deste Magistrado, afastavam a incidência da exceção prevista nos §§ 1º e 3º do artigo 3º do Ato Regimental n. 41/2000, com a redação conferida pelo Ato Regimental n. 149/2017.

Contudo, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Conflito de Competência n. 0001130-89.2017.8.24.0000, concluiu, por maioria de votos, que a competência para julgar casos similares ao ora analisado é das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça.

Assim, embora este Magistrado continue firme no seu entendimento de que as câmaras de Direito Civil não tem competência funcional em razão da matéria e da pessoa e que isso pode gerar nulidade do julgamento nos Tribunais superiores, nesse momento, curva-se ao postulado firmado por aquele Órgão colegiado, não restando outra alternativa senão a análise das razões recursais da Celesc – Centrais Elétricas de Santa Catarina.

Como visto, insurge-se a autora contra a sentença de parcial procedência, sob o argumento de que os peixes que estavam estocados já haviam passado por todo processo de produção e operacionalização para torná-los aptos para comercialização, restando caracterizado o lucro cessante da empresa, mormente porque o fato (abrupta interrupção de fornecimento de energia elétrica) teria ocorrido dias antes da “semana santa”, sendo plausível que venderia todo o produto armazenado.

Não obstante o acerto da decisão e tratando o recurso apenas do pleito de aumento da verba indenizatória, verifica-se a necessidade de sua adequação.

Em que pese o entendimento do Togado singular no sentido de que “o valor da indenização deve ser calculado não pelo preço final de venda do peixe, mas pelo preço de custo da sua compra” (fl. 269), considerar o valor de compra do “peixe vivo” (R\$ 1,00 o quilo) como parâmetro para o cômputo do prejuízo experimentado pela demandante em razão da perda de 3.500kg de filés de tilápia é por demais temerário. Explica-se.

Dos autos, restou evidenciado que a sociedade autora tem como objetivo a exploração do ramo de: “1) frigorífico de peixe; 2) fabricação de preparados de peixe; 3) comércio varejista de pescado; 4) comércio atacadista de pescado e; 5) transporte rodoviário de cargas em geral (...)” (fl. 43), consoante se infere da cláusula 3ª, da 1ª alteração contratual de fls. 42-43. Quer dizer, em suma, a empresa recorrente compra o pescado – dentre eles a tilápia – e o beneficia para posterior comercialização/venda. As notas fiscais colacionadas com a exordial (fls. 54-68), aliás, corroboram a assertiva.

Acerca da “estrutura de preços na cadeia produtiva da tilápia no Brasil”, a Embrapa – empresa (pública) brasileira de pesquisa agropecuária vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuário e Abastecimento do Brasil – em seu Informativo n. 11/Edição Especial, após coletar informações do mercado da tilápia referentes ao segundo trimestre do ano de 2017, em algumas unidades federativas, dentre elas Santa Catarina, concluiu que diversos fatores influenciam os preços ao longo da cadeia de valor da tilápia: “o método de produção, seus produtos e firmas, o número de níveis de estrutura da

cadeia de valor e o grau de concentração das empresas em cada nível, os produtos que são substitutos potenciais da tilápia, os tipos de mercado alcançados e disponíveis, dentre outros”.

Ainda:

A indústria de processamento pode suportar diferentes graus de perda de material durante a etapa de produção do filé, mas essa perda também deve ser levada em consideração durante as análises de estrutura de preço. A produção e seus coeficientes são informações fundamentais para realizar análises relevantes da estrutura da cadeia de valor. No caso do filé de tilápia, como o rendimento médio do filé é de 32% (28 a 35%) do peixe inteiro seu valor triplica em comparação com o peixe inteiro (Disponível em: <<https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/infoteca/bitstream/doc/1072746/1/CNPASA2017mt11.pdf>>. Acessado em 8 de novembro de 2018).

Não há como deixar de reconhecer, portanto, que a grande diversidade de formas de tilápia ofertadas contribui para uma cadeia de valor, justamente porque cada uma delas (formas) possuem níveis de processamento, qualidade e mercados diferentes, como muito bem asseverado pela empresa recorrente nas suas razões recursais.

E, muito embora não se discuta que o preço de custo do peixe *in natura* difere (e muito) do preço de venda ao consumidor, por questões óbvias (custos de produção e de processamentos, lucro etc.), considerar que os 3.500kg de filés de tilápia que se encontravam armazenados em câmeras de refrigeração e/ou congelamento, e que foram considerados “impróprios para consumo humano” e “completamente descartados” (fl. 49), por culpa exclusiva da concessionária recorrida, se equivalem ao pescado adquirido vivo pela empresa recorrente, foge, por demais, do razoável e do bom senso. Dita equivalência poder-se-ia ser feita apenas se, por exemplo, a falha na prestação de serviço tivesse ocorrido antes de o pescado ter passado por qualquer manipulação/processamento, o que, como visto, não é o caso dos autos.

Da mesma forma, não parece razoável valorar “por baixo” (preço pago pelo peixe vivo – R\$ 1,00) o montante do prejuízo experimentado pelo consumidor, sob a alegação singela de ser fato incerto a venda “de tais peixes ao consumidor final” (fl. 268), seja porque não cabe ao Judiciário julgar fato incerto, ainda mais quando tal fato depende do próprio mercado (oferta e procura), e a condenação em lucros cessantes corresponde, justamente, aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar; seja porque, de acordo com a Embrapa, a tilápia está entre as dez principais categorias de pescados consumidas no Brasil; seja porque, mesmo que não conseguisse vender os 3.500kg de filés de tilápia, ainda assim permaneceria com seu estoque à disposição para comercialização.

Além disso, nada obstante ter a concessionária apelada referido, em sede de defesa, que impugnava todos os documentos e valores trazidos pela empresa apelante, porquanto produzidos unilateralmente, não o fez de forma específica, tampouco apresentou qualquer indício concreto de inadequação de quaisquer produtos (pescado e/ou filé de tilápia) com os danos sofridos/constatados, ou confrontando-os com outros valores de mercado. Logo, não há como retirar a credibilidade das notas fiscais de venda dos filés (fls. 64-68), as quais indicam que, à época dos fatos (ano de 2010), a empresa demandante vendia o quilo do filé de tilápia por R\$ 14,00.

Desta feita, considerando que o valor das perdas restou bem demonstrado pelo laudo de fl. 17

(3.500kg de filés de tilápia), tem-se que o montante da indenização deve corresponder ao valor do quilo que a empresa apelante deixou de auferir por decorrência da falha na prestação de serviço, qual seja, R\$ 14,00, quantia esta que se coaduna com as notas fiscais de fls. 64-68.

Noutras palavras, tendo a Celesc impugnado, repita-se, de maneira genérica os documentos trazidos pela autora, o conteúdo das provas (laudo e notas fiscais de venda de produção) deve ser levado em consideração para fins de fixação da importância a ser paga a título de compensação por danos materiais oriundos da perda dos filés de tilápia do apelante.

Logo, outra alternativa não resta senão considerar o valor do quilo do filé de tilápia vendido pela empresa recorrente, à época dos fatos (ano de 2010) (R\$ 14,00 – quantia esta que se coaduna com as notas fiscais de fls. 64-68), multiplicado pela quantidade de filés descartados (3.500,00Kg), para se chegar ao montante de R\$ 49.000,00, corrigido monetariamente pelo INPC desde a data do efetivo prejuízo – o qual se deu no momento da confecção do laudo pericial (15-3-2010, fl. 17) –, nos termos da Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação válida da ré (fl. 10-9-2012, fl. 94), na forma do artigo 405 do Código Civil.

E, diante da reforma do *decisum* vergastado para julgar totalmente procedente a demanda, deve a concessionária ré arcar com a integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor dos procuradores da empresa autora, os quais se majora para 16% sobre o valor atualizado da condenação, já em observância aos §§ 2º e 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar provimento a ele, para alterar o valor a ser pago pela demandada a título de lucro cessante, assim como os ônus sucumbenciais, tudo nos termos do voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 4003296-89.2018.8.24.0000, de Camboriú

Relator: Desembargador André Carvalho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO JUDICIAL. AVENTADA A NULIDADE DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. *DECISUM* QUE REMETEU A ANÁLISE DA *QUAESTIO* ÀS VIAS ORDINÁRIAS. PROVIDÊNCIA INADEQUADA. DISCUSSÃO ADSTRITA AOS ASPECTOS FORMAIS DA AVENÇA. ACERVO DOCUMENTAL IDÔNEO A ESSE DESIDERATO. INSTRUÇÃO DESNECESSÁRIA. VIABILIDADE DO ESCLARECIMENTO NO ÂMBITO DO INVENTÁRIO (ART. 612 DO CPC/2015). DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Conquanto averiguável pela via documental, a nulidade da cessão de direitos hereditários prescinde de remessa às vias ordinárias, devendo ser dirimida no bojo do inventário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4003296-89.2018.8.24.0000, da comarca de Camboriú (1ª Vara Cível), em que é Agravante Emili Aguiar Teixeira e Agravado Roselei Cristina Rodrigues Corea Teixeira.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar a apreciação do requerimento de nulidade da cessão de direitos hereditários no âmbito do próprio inventário. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. André Luiz Dacol e Des. Denise Volpato (presidente com voto).

Florianópolis, 27 de novembro de 2018.

Desembargador André Carvalho

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Emili Aguiar Teixeira contra decisão que, dentre outras questões, na ação de inventário de autos n. 0003615-87.2012.8.24.0113, em trâmite na comarca de Camboriú, determinou que o pleito de nulidade da cessão de direitos hereditários operada entre a herdeira, ora Agravante, e a cônjuge supérstite do autor da herança, fosse “*discutida em ação autônoma, visando à garantia do contraditório e ampla defesa, na forma preconizada pelo art. 612 do Código de Processo Civil*” (fls. 11-13 dos autos dependentes de origem).

Em apertada síntese, alega a Recorrente que a questão deve ser dirimida no procedimento de inventário, haja vista a análise carecer de instrução probatória, mormente porque relativa a aspectos

formais da avença, a saber: (i) ineficácia da cessão de direitos hereditários pelo descumprimento do disposto no art. 1.793 do Código Civil; (ii) e nulidade pela ausência de manifestação do Ministério Público, porquanto presente interesse de incapaz (fls. 01-14).

Não houve apresentação de contraminuta (fl. 967).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Antenor Chinato Ribeiro, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 972-977).

Após, vieram os autos conclusos (fl. 979).

É o necessário escorço.

VOTO

Considerando que a decisão recorrida foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, convém anotar que o caso será analisado integralmente sob o regramento da novel codificação, em consonância ao Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça.

Ab initio, vale gizar que o *decisum* é manifestamente recorrível pela via do Agravo de Instrumento, com supedâneo no art. 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015.

Verifica-se, pois, que o reclamo é cabível, tempestivo e dotado dos pressupostos exigidos pela legislação adjetiva, ao passo que há de se deferir o processamento do incidente, dispensando-se maiores digressões.

Como visto, na origem, quanto à alegação de ineficácia da cessão de direitos hereditários entabulada entre Parte ativa principal e outro(s) #Retorna a parte ativa principal e outros(s).580036@SIST. e Roselei Cristina Rodrigues Correa Teixeira, consignou a Agravante: (i) que fora utilizado bem do próprio acervo hereditário enquanto pagamento, circunstância vedada pelo direito posto; (ii) que o objeto da sessão engloba bem individualizado, e não quinhão hereditário em abstrato, o que também violaria o ordenamento (art. 1.793 do CC/2002); (iii) que não houve autorização do juízo do inventário a endossar a cessão em referência; (iv) que, igualmente, não houve manifestação do Ministério Público a respeito da cessão em escopo; (v) e que seria inviável convalidar tais irregularidades em juízo (fls. 348-350).

A esse respeito, decidiu-se na instância *a quo*: “*Compulsando os autos, verifica-se que a questão relativa à anulação ou não da escritura pública de cessão de direitos hereditários (fls. 291-294 dos autos n. 0002326-46.2017.8.24.0113) deve ser discutida em ação autônoma, visando à garantia do contraditório e ampla defesa, na forma preconizada pelo art. 612 do Código de Processo Civil*” (fl. 351).

Irresignada, alega a Recorrente que a questão deve ser dirimida nos autos do procedimento de inventário – sem a necessidade do manejo de ação própria –, haja vista tal desiderato carecer de instrução probatória, mormente porque relativo a aspectos formais da cessão de direitos hereditários, a saber: (i) ineficácia pelo descumprimento do disposto no art. 1.793 do Código Civil; (ii) e nulidade pela ausência de manifestação do Ministério Público, porquanto presente interesse de incapaz (fls. 16-19).

Adianta-se, *prima facie*, que a insurgência merece guarida.

Sobre o tema, assim dispõe o art. 612 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas”.

Em relação ao dispositivo acimado, oportuno trazer à baila o magistério de Humberto Theodoro Junior:

Disso decorre a regra geral que é a de competir ao juiz do inventário a solução de toda e qualquer questão de que dependa o julgamento do inventário e da partilha. **Como procedimento especial da sucessão causa mortis não contempla dilação probatória, sempre que os documentos disponíveis não forem suficientes para a solução das questões surgidas, o magistrado do inventário remeterá os interessados para as vias ordinárias.** Equivale dizer que a parte não atendida no bojo dos autos sucessórios terá de recorrer a uma ação apartada para nela defender sua pretensão, produzindo as provas que não couberam no inventário.

O que justifica essa remessa para as vias ordinárias não são as complexidades de direito, mas apenas as dificuldades de produção das provas pertinentes. As questões apenas de direito, por mais controvertidas e complexas que sejam, haverá sempre de ser enfrentadas e decididas pelo juiz do inventário. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 51ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 263 – grifou-se).

Na mesma toada, lecionam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim que limita-se “a remessa do interessado à ação própria somente quando houver necessidade de outras provas, como sucede nos casos de perícia técnica, ouvida de testemunhas e outras que não sejam meramente documentais” (OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventário e Partilha: Teoria e Prática. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 309).

Em idêntico sentir, Sílvio de Salvo Venosa observa que, “por mais controvertida e complexa que seja a questão de direito trazida à baila no inventário, é no bojo do inventário ou do arrolamento que o juiz deve decidir”, somente devendo a discussão ser remetida às vias ordinárias “quando houver necessidade de produção de provas, as quais não podem ser produzidas no inventário” – salientando-se que “a nulidade de forma, que salta à vista ao primeiro exame, é decidida de plano no inventário” (VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: Sucessões. Vol. 6. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 96).

No caso em apreço, a Agravante lançou impugnação sobre aspectos formais da cessão de direitos hereditários anteriormente operada entre si e a cônjuge meeira, a saber: (i) ineficácia pelo descumprimento do disposto no art. 1.793 do Código Civil; (ii) e nulidade pela falta de manifestação do Ministério Público, porquanto presente interesse de incapaz.

A propósito, transcreve-se a redação do art. 1.793 do Código Civil em vigor (grifou-se):

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

§ 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.

§ 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.

§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

À toda evidência, trata-se de questão que prescinde de dilação probatória, demandando o simples exame da escritura pública de cessão de direitos hereditários acostada aos autos, não havendo que se falar na remessa da discussão às vias ordinárias, porquanto inexistente qualquer controvérsia de alta indagação a exigir instrução probatória (fls. 15-19). Diga-se, ademais, que a decisão agravada não traz qualquer análise acerca dos motivos pelos quais entendeu-se necessária a dilação probatória.

Nesse viés, não destoam a jurisprudência catarinense, visto que diversas câmaras vêm enfrentando a matéria, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELOS HERDEIROS. PLEITO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. NEGÓCIO JURÍDICO PERFEITO. INEXISTÊNCIA DE ERRO, DOLO OU COAÇÃO. ALEGADA PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - Tratando-se a cessão de direitos hereditários espécie de negócio jurídico e, constatando-se a inexistência de vício de consentimento dos herdeiros cedentes, a anulação do negócio mostra-se inviável, razão pela qual não merece prosperar o pedido de desistência efetuado pelos filhos do de cujus, mantendo-se incólume a decisão objurgada.

II - Ressalvadas as hipóteses de fato superveniente ou relação jurídica continuada em que produzida modificação no estado de fato ou de direito, o juiz não pode decidir novamente acerca de fato já analisado e decidido diante da incidência do instituto da preclusão “pro judicato” (art. 471 do CPC/73). In casu, não se vislumbra qualquer irregularidade perpetrada pelo Togado de primeiro grau nesse sentido, porquanto os despachos ou decisões proferidas anteriormente à decisão agravada não haviam analisado o pedido de desistência da cessão pelos Autores, mas tão somente possibilitado à manifestação das partes acerca do requerimento. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0120039-61.2015.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 30-03-2017 – grifou-se).

E ainda, destaca-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. PARTILHA. CESSÃO DE DIREITOS A TERCEIRO, REFERENTE A DETERMINADO IMÓVEL DO ESPÓLIO, EM DESRESPEITO AO DIREITO REGULADO NOS ARTIGOS 1.793 E 1.794 DO CÓDIGO CIVIL. INEFICÁCIA DO ATO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA PELAS DEMAIS HERDEIRAS. VALOR DEPOSITADO SUPERIOR AO QUINHÃO HEREDITÁRIO CONVENCIONADO EM ACORDO DE PARTILHA. DIREITO DE COMPENSAÇÃO NA DIVISÃO FINAL DOS BENS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser. O coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão de quota hereditária, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão. Inteligência dos artigos 1.794 e 1.795 do Código Civil.

Não havendo prova de qualquer vício do consentimento no momento da realização do acordo de partilha firmado entre herdeiros, deve ser reputado válido o ajuste e, portanto, considerado o que restou convenionado para efeitos de divisão dos bens. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.001549-9, de Joinville, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 22-10-2015 – grifou-se).

Mais especificamente em relação ao tema, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que as questões correlatas à “*suposta ineficácia da cessão de direitos hereditários, bem como a responsabilidade pelas despesas com manutenção e conservação do imóvel, objeto da cessão de direitos, devem ser resolvidas no bojo do próprio inventário, pois esse é o Juízo competente para analisar se a cessão de direitos hereditários observou as disposições legais dos artigos 1.793 e 1.794 do CC/2002*” (TJRJ, Apelação Cível n. 0371710-82.2012.8.19.0001, da Capital, rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 29-08-2017 – grifou-se).

Em sentido idêntico, é o judicioso parecer do órgão ministerial que oficiou neste grau de jurisdição, da lavra do eminente Procurador de Justiça, Dr. Antenor Chinato Ribeiro, cujo excerto relevante encampo enquanto razões de decidir (fls. 972-977):

Em que pese o entendimento do Magistrado a quo, entende-se que a decisão merece inteira reforma.

O artigo 612 do Código de Processo Civil preleciona que, “O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas”.

E nos dizeres de José Miguel Garcia Medina:

“No curso do processo de inventário ou arrolamento surgem questões incidentais a serem decididas pelo Juiz. A questão de direito ou pertinente a fatos sejam objetos apenas de prova documental será decidida no curso do próprio processo. O CPC/2015 não mais se refere a questão de ‘alta indagação’ (antes prevista no art. 984 do CPC/1973) como discrimen a autorizar o deslocamento para as vias ordinárias. Assim, questões de direito, ainda que complexas, devem ser resolvidas no próprio processo de inventário. Pode-se, no entanto, depender de produção de prova distinta da documental (p. ex., a filiação de um dos herdeiros poderá ser contestada por outro herdeiro, e a resolução de tal questão depender de prova pericial). Nesse caso, diz a lei, a resolução da questão será remetida para as vias ordinárias, o que significa, essencialmente, que o juiz deve processar o incidente pelos meios ordinários, em apartado dos autos do inventário”. (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais, 4ª edição. pg. 961). (Grifo não confere com original)

Como se vê, somente questões que demandarem provas distintas da documental é que deverão ser remetidas para as vias ordinárias, restando a serem discutidas nos próprios autos do inventário, ou remoção de inventariante, como no presente caso, as questões unicamente comprovadas através de provas documentais, situação perfeitamente aplicável ao presente caso.

E se assim o é, nos termos da fundamentação suso esposada, desvela-se que o provimento do reclamo é medida que se impõe.

Alfim, registre-se que o pleito de julgamento imediato da matéria por esta Corte não se afigura possível, (art. 1.013, § 3º, do CPC/2015), eis que “*o exame das decisões judiciais em Segundo Grau de Jurisdição restringe-se ao conteúdo do próprio provimento atacado, uma vez que o efeito devolutivo no agravo de instrumento alcança apenas a matéria examinada na decisão agravada, sob pena de supressão de Instância*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0010321-95.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 08-08-2017).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar a apreciação do requerimento de nulidade da cessão de direitos hereditários no âmbito do próprio inventário – sem a necessidade de remessa da *quaestio* às vias ordinárias.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4029440-37.2017.8.24.0000, de Forquilha

Relator: Desembargador André Carvalho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. *DECISUM* QUE DETERMINA O RECOLHIMENTO DO ITBI. CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. OPERAÇÃO NÃO ONEROSA. TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E ULTERIOR DOAÇÃO. SUBSUNÇÃO DUPLA AO ITCMD. NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A cessão gratuita de direitos hereditários (ou “*renúncia translativa*”) implica aceitação e subsequente doação do quinhão a terceiros, atraindo a dupla incidência do ITCMD: primeiro pela transmissão *causa mortis* e, posteriormente, pela cessão gratuita *inter vivos* – cuja ausência de onerosidade afasta a subsunção ao ITBI.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4029440-37.2017.8.24.0000, da comarca de Forquilha (Vara Única), em que são Agravantes Aurora Córneo Talau e outros.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para afastar a exigência de recolhimento do ITBI. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. André Luiz Dacol e Des. Denise Volpato (presidente com voto).

Florianópolis, 27 de novembro de 2018.

Desembargador André Carvalho

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo interposto pela inventariante Aurora Córneo Talau e demais herdeiros de Libera Ferrari Cornio, insurgindo-se contra decisão interlocutória exarada na ação de inventário de autos n. 0300909-54.2016.8.24.0166, em trâmite na comarca de Forquilha (Vara Única), através da qual determinou-se a comprovação de recolhimento do ITBI para fins de ultimação da partilha – providência que os Recorrentes consideram indevida (fls. 01-144).

Concebeu a instância de piso que somente não haveria “*incidência do imposto referido na hipótese de renúncia abdicativa, ou seja, quando o herdeiro abdica de seu quinhão em favor do monte, sem indicar a quem pretende que seja transferida a herança*”, ao passo que, no caso vertente, “*todos os herdeiros renunciaram seus quinhões aos terceiros indicados no plano de partilha*”, devendo incidir tanto o ITCMD quanto o ITBI (fls. 23-25).

Em suas razões, os Recorrentes alegam que a cessão gratuita de direitos hereditários, mesmo enquanto “*renúncia translativa*” realizada em favor de Alexander Córneo e Everson Córneo – netos

da autora da herança –, encerra operação gratuita, enquadrando-se na hipótese de dupla incidência do ITCMD (aceitação *causa mortis* e doação *inter vivos*), que inclusive já teria sido recolhido (fls. 92-98 dos autos de origem) – não havendo que se falar no fato gerador do ITBI, justamente pela ausência de onerosidade da alienação.

Deferiu-se o vindicado efeito suspensivo (fls. 159-162).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo Sr. Procurador de Justiça, Dr. Mário Gemin, absteve-se de abordar o *meritum causae* (fl. 168).

Após, vieram os autos conclusos (fl. 175).

É a síntese do essencial.

VOTO

Considerando que a decisão recorrida foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, convém anotar que o caso será analisado integralmente sob o regramento da novel codificação, em consonância ao Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça.

Ab initio, conforme destacado em *decisum* pretérito, é perfeitamente cabível o Agravo de Instrumento à hipótese, com supedâneo no art. 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, além de estarem presentes os pressupostos exigidos pela legislação adjetiva, franqueando a sua admissibilidade (fls. 159-162).

Quanto ao mérito, adianta-se que a insurgência merece guarida.

É cediço que, pelo princípio de *saisine*, com a abertura da sucessão – falecimento do *de cuius* –, “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (art. 1.784 do CC/2002).

Na dicção de *Sílvio de Salvo Venosa*, “no entanto, ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade”, eis que pode o sucessor renunciar à transmissão do patrimônio, devendo-se “harmonizar o sistema de *saisine* com o repúdio à herança” (VENOSA, *Sílvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. Vol. 6. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 14*).

Segundo Flávio Tartuce, a doutrina admite duas espécies distintas de renúncia à herança: (i) “a primeira modalidade é a **renúncia abdicativa**, em que o herdeiro diz simplesmente que não quer a herança, havendo uma cessão simples a todos os coerdeiros, o que equivale a uma renúncia pura”; (ii) já a segunda “é a **renúncia translativa**, presente quando o herdeiro cede os seus direitos a favor de determinada pessoa”, também conhecida como “*renúncia in favorem*” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões. Vol. 6. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 89* – grifou-se).

Outrossim, também para Carlos Roberto Gonçalves, “a verdadeira renúncia é a abdicativa, feita gratuita e genericamente em favor de todos os coerdeiros”. Por seu turno, a **renúncia translativa “implica aceitação e transferência posterior dos direitos hereditários”** (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. Vol. 7. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105* – grifou-se).

A renúncia translativa, pois, traduz-se em cessão gratuita de direitos hereditários, e, com espeque na lição de Luiz Paulo de Carvalho, **compõe-se de “dois atos: uma aceitação tácita e uma cessão gratuita, equivalente a uma doação, do direito sucessório do herdeiro declarante”**, visto que “o herdeiro escolhe uma ou mais pessoas, estranha(s) ou não à sucessão, que irá(irão) receber seu quinhão hereditário, no todo ou em parte” (CARVALHO, Luiz Paulo de. Direito das Sucessões. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 215 – grifou-se).

No âmbito tributário, as renúncias abdicativa e translativa possuem consequências distintas, consoante bem elucida Milton Delgado Soares:

Os efeitos tributários das renúncias abdicativas e translativas são diversos. Na renúncia abdicativa, o renunciante não pagará o imposto *causa mortis*, que ficará ao encargo daquele que for chamado a receber a sua parte, ou seja, o renunciante não terá participado da sucessão. **Já na renúncia translativa, a situação é diversa, uma vez que para que uma pessoa possa transferir um bem para alguém mister se faz que este tenha pertencido, ainda que momentaneamente, ao seu patrimônio. Ora, trata-se, na verdade, de autêntica aceitação, que acarretará a incidência do imposto de transmissão *causa mortis*, seguida de uma doação, hipótese de incidência do imposto de doação. Com efeito, o ITCMD incidirá duas vezes: primeiro em virtude da transmissão *mortis causa* (de cujus para o herdeiro aceitante); e depois em virtude da transmissão gratuita *inter vivos* (do herdeiro aceitante para a pessoa por ele indicada no termo de renúncia translativa).** (SOARES, Milton Delgado. O Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) e as suas Hipóteses de Incidência nos Procedimentos Sucessórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 111 – grifou-se).

Isto é, mesmo que o direito à sucessão aberta seja bem imóvel por determinação legal (art. 80, inciso II, do CC/2002), a sua alienação a título gratuito afasta a incidência do ITBI, exclusivo das operações onerosas, *ex vi* da expressa previsão constitucional: “transmissão ‘*inter vivos*’, a qualquer título, **por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição**” (art. 156, inciso II, da CRFB/1988 – grifou-se).

Nessa contextura, esclarece o renomado tributarista Kiyoshi Harada que, com o advento da Constituição Federal de 1988, “o Município ganhou a competência impositiva sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos reais sobre esses bens, **porém somente na modalidade de transmissão *inter vivos* e por atos onerosos**”, não havendo que se falar na incidência do ITBI nas doações, porquanto estas inserem-se na competência tributária dos Estados, à guisa de ITCMD (HARADA, Kiyoshi. ITBI: Doutrina e Prática. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 132 – grifou-se).

No mesmo viés, destaca-se o magistério sempre preciso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Ora, se o herdeiro simplesmente abdica da sua quota hereditária, operando a renúncia propriamente dita, estudada no capítulo anterior, será, como vimos, excluído da relação sucessória, não havendo espaço para se falar em incidência de imposto de transmissão *mortis causa*.

É o que se dá quando “*renuncia em favor de todo o espólio*”, “*de todo o monte*” ou em favor “*de todos os outros herdeiros*”.

Não há, no caso, incidência do mencionado imposto estadual.

Os demais herdeiros, por seu turno, que aceitarem as respectivas quotas – o mesmo se diga para o herdeiro único que aceite toda a herança – deverão, por óbvio, fazer o recolhimento devido.

Na hipótese da cessão de direito hereditário – denominada por alguns de “renúncia translativa” – a situação é diversa.

Isso porque, na hipótese, o herdeiro, ainda que diga estar “renunciando em favor de terceiro”, em verdade, aceita a sua quota e, em seguida, transmite-a a outra pessoa, caso em que deverá haver uma dupla incidência tributária: pela ocorrência do fato gerador do tributo *causa mortis* (pois aceita o direito transmitido pela morte do *de cuius*) e, ainda, pela ocorrência do fato gerador consistente na transmissibilidade realizada *inter vivos* (pois cede o direito adquirido a uma outra pessoa).

Neste último caso, tratando-se de transmissão onerosa (o cedente recebeu um preço pela cessão), a competência tributária é municipal (art. 156, II, CF), mas, se a transmissão for gratuita, também será da alçada estadual, à luz do referido art. 155, I, da Constituição brasileira. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. Vol. 7. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 117 – grifou-se).

Em relação ao tema, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destaca-se o seguinte julgado:

Inventário - Decisão agravada que reconheceu a ocorrência de renúncia impura e determinou a remessa dos autos ao contador para o cálculo do ITBI *inter vivos* (de competência municipal) - Incorção - **Renúncia translativa feita a título gratuito que equivale à doação - Incidência do ITCMD (de competência do Estado) - Decisão reformada** - Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 9901.0070492-3, Rel. Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro, Primeira Câmara de Direito Privado, j. 03-08-2010 – grifou-se).

Compulsando os autos, observa-se que a cessão gratuita de direitos hereditários operada em favor de Alexander Córneo e Everson Córneo – netos da autora da herança – é, como indica a própria natureza da operação, não onerosa, afastando-se da hipótese de incidência do ITBI. Desvela-se exigível, pois, apenas o recolhimento do ITCMD, em dois momentos distintos (transmissão *causa mortis* e posterior doação *inter vivos*), tal qual parece ter sido providenciado pelos herdeiros, segundo comprovantes carreados ao processo (fls. 92-98 dos autos de origem) – **cuja exatidão do pagamento deve ser examinada pelo juízo *a quo*, sob pena de supressão indevida de instância.**

E se assim o é, nos termos da fundamentação delineada alhures, não havendo que se falar na incidência do ITBI à espécie, tem-se que o provimento do reclamo é medida que se impõe.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para afastar a exigência de recolhimento do ITBI.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0001836-64.2011.8.24.0103 e Apelação Cível n. 0000877-25.2013.8.24.0103, de Araquari

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSOS CONEXOS. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E AÇÃO REVISIONAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DEMANDA RESOLUTÓRIA E DE IMPROCEDÊNCIA DA REVISIONAL.

RECURSO DA COMPRADORA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE MORA FACE A ABUSIVIDADE. SUBSISTÊNCIA. VINCULAÇÃO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES AO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE. ILEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DA FORMA MAIS BENÉFICA AO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 51, I E IV, DO CDC. PLEITO ACOLHIDO, PARA DETERMINAR A ADEQUAÇÃO INTERPRETATIVA DA AVENÇA COM BASE NO VALOR INICIAL DAS PRESTAÇÕES. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA EQUIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

MORA DESCARACTERIZADA DIANTE DA COBRANÇA DE ENCARGOS ABUSIVOS. EXEGESE DO ARTIGO 396 DO CÓDIGO CIVIL.

SENTENÇAS REFORMADAS. AÇÃO REVISIONAL JULGADA PROCEDENTE. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL JULGADA IMPROCEDENTE.

INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DA PARTE APELADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. OMISSÃO TOCANTE A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS A DEFENSORA DATIVA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 1.013, § 3º, III, DO CPC. ARBITRAMENTO CONFORME TABELA DA OAB/SC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001836-64.2011.8.24.0103, da comarca de Araquari (1ª Vara) em que é Apelante Marizete Hofmeister e Apelado Construtora e Imobiliária Diana Ltda.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e o Excelentíssimo Desembargador André Carvalho.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018.

Desembargadora Denise Volpato

Presidente e Relatora

RELATÓRIO

1. Autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103 (Rescisão contratual)

Forte no Princípio da Celeridade, e utilizando racionalmente as ferramentas informatizadas, adota-se, *in totum*, o relatório da Sentença (fl. 57), *verbis*:

“Aduziu, em síntese, que no dia 17 de julho de 2008 firmou com a parte ré contrato de compromisso de compra e venda tendo por objeto o imóvel identificado como lote 27 Quadra A do loteamento Parque Residencial Miquelute no município de Araquari/SC.

Aduziu, ainda, que celebrado o contrato o pagamento do valor do imóvel foi pactuado no total de R\$ 56.278,72 sendo uma entrada de R\$ 1.000,00 e o saldo devedor dividido em 144 parcelas de R\$ 383,88 corrigidas pelo IGPM acrescidas de juros de 1% ao mês.

Por derradeiro, disse que a parte ré não cumpriu com o pagamento das parcelas na forma pactuada, sendo constituída em mora mediante notificação extrajudicial.

Diante de tais fatos, busca a tutela jurisdicional requerendo a declaração de rescisão do contrato firmado, além do pagamento de indenização por perdas e danos.

Juntou documentos às fls. 15-26.

Devidamente citada, a parte ré apresentou contestação aos termos da inicial sustentando, em síntese, que posteriormente a celebração do aludido contrato, as condições de pagamento foram alteradas, passando a corresponder a 144 parcelas no valor correspondente a 65% do salário mínimo.

Asseverou que não conseguiu honrar com os pagamentos pactuados em face da existência de cláusulas abusivas no contrato.

Houve réplica.”

Sobreveio Sentença (fls. 57/74) da lavra da MMa Juíza de Direito Cintia Gonçalves Costi julgado a lide nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos consubstanciados na inicial para: a) declarar rescindido o contrato firmado entre as partes determinando, por consequência, o retorno das partes ao *status quo ante*; b) reintegrar a parte autora na posse do imóvel objeto do contrato; c) determinar a restituição dos valores pagos pela parte ré no decorrer da contratualidade, ficando autorizada a retenção do valor correspondente a 10% das parcelas pagas no decorrer da contratualidade a título de perdas e danos além do valor pago a título de arras; d) condenar a parte ré ao pagamento das despesas relativas IPTU, taxa de coleta de lixo, água e luz, relativas ao respectivo período, atualizados monetariamente pelo INPC/IBGE desde a data do arbitramento, ou seja, desde a data da prolação da presente sentença e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da data da citação, até a data do efetivo pagamento cujo montante deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios os quais fixo em 15% calculados sobre o valor da condenação atendidas as operadoras do art. 20 § 3º e § 4º do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa pelo prazo de 05 anos por litigar a parte ré sob o pálio da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Transitada em julgado, deverá a parte autora proceder à liquidação de sentença, na forma do art. 475-A e seguintes do CPC.

Procedida a respectiva liquidação e sendo intimada a parte ré, não havendo cumprimento espontâneo da obrigação, no prazo de 15 dias, incidirá sobre o montante devido, multa de 10%, a teor do disposto no art. 475-J do CPC.

Havendo pagamento parcial, a multa incidirá sobre o montante devido e não pago (art. 475-J, § 4º, CPC).

Em não sendo requerida a execução da sentença, no prazo de 6 meses, determino o arquivamento dos autos na forma do § 5º do art. 475-J do CPC.”

Irresignada, a demandada interpôs recurso de apelação (fls. 78/82) em que alega a inexistência de mora em face da abusividade das cláusulas contratuais. Requer a improcedência da ação resolutória.

Em suas contrarrazões (fls. 87/106) a parte apelada alega em preliminar a coisa julgada. No mérito sustenta não haver provas da correção do contrato pelo salário mínimo.

2. Autos n. 0000877-25.2013.8.24.0103 (Revisional)

Forte no Princípio da Celeridade, e utilizando racionalmente as ferramentas informatizadas, adota-se, *in totum*, o relatório da Sentença (fl. 105), *verbis*:

“Marizete Hofmeister, devidamente qualificada e representada nos autos em epígrafe, ajuizou Ação de Revisão Contratual com Depósito de Parcelas em face de Construtora e Imobiliária Diana Ltda, igualmente qualificada.

Aduziu, em síntese, que no dia 12 de maio de 2009 firmou com Odirlei de Oliveira termo de transferência de imóvel tendo por objeto o imóvel identificado como lote 27 Quadra A do loteamento Parque Residencial Miquelute no município de Araquari/SC.

Aduziu, ainda, que celebrado o contrato o pagamento do valor do imóvel foi dividido em 144 parcelas no valor correspondente a 65% do salário mínimo.

Por derradeiro, disse que o valor das parcelas cobrado pela parte ré corresponde a 98% do salário mínimo.

Diante de tais fatos, busca a tutela jurisdicional requerendo a revisão do contrato firmado entre as partes, declarando-se a nulidade da cláusula terceira que prevê a vinculação do reajuste das parcelas ao salário mínimo.

Juntou documentos às fls. 13-28.

Devidamente citada, a parte ré apresentou contestação aos termos da inicial sustentando, em síntese, que as parcelas do contrato firmado não tem seu reajuste vinculado ao salário.

Aduziu, em preliminar, a carência da ação.

Houve réplica.”

Sobreveio Sentença (fls. 105/119) da lavra da MMA. Juíza Cintia Gonçalves Costi julgando a lide nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos consubstanciados na inicial da presente Ação de Revisão Contratual com Depósito de Parcelas ajuizada por Marizete Hofmeister em face de Construtora e Imobiliária Diana Ltda.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios os quais fixo em 15% calculados sobre o valor da condenação atendidas as operadoras do art. 20 § 3º e § 4º do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa pelo prazo de 05 anos por litigar a parte autora sob o pálio da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Transitada em julgado, arquivem-se os autos efetuando-se as devidas baixas.”

Não protocolizado recurso direcionado aos autos, restou certificado o trânsito em julgado do processo (fl. 122).

Ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça como mero apenso do feito conexo, processo n. 0001836-64.2011.8.24.0103 (rescisão contratual).

Havendo comunhão argumentativa no recurso interposto pela parte no processo conexo, restou determinada a autuação processual do apelo igualmente nestes autos (decisão de fl. 111, dos autos conexos).

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, estando a parte dispensada do recolhimento do preparo em razão de ser beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 74 dos autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103 e fls. 14 e 29, dos autos n. 0000877-25.2013.8.24.0103), e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Preliminar

A parte recorrida pugnou em contrarrazões pelo não conhecimento do recurso em face da coisa julgada, vez que a parte recorrente protocolizou apelo unicamente nos autos da ação de rescisão contratual (processo n. 0001836-64.2011.8.24.0103) aduzindo como defesa questão afeta à ação revisional conexa, julgada improcedente na mesma oportunidade.

A insurgência não merece ser conhecida em face da preclusão.

Isso porque, nos autos do processo n. 0001836-64.2011.8.24.0103 restou determinado em decisão de fl. 111 a autuação do apelo no feito conexo nos seguintes termos:

“Da leitura do recurso de apelação cível de fls. 78/82 denota-se ter a parte articulado insurgência que toca aos

termos da Sentença lançada em simultâneo nos autos conexos, de número 0000877-25.2013.8.24.0103, que, entretanto, não receberam autuação nesta Corte de Justiça.

Dessarte, à Diretoria de Cadastro e Distribuição para que proceda ao registro de autuação do recurso no caderno processual apenso.”

Contra referida decisão, contudo, não se insurgiu a parte apelada a tempo e modo adequados, restando a questão acobertada pela preclusão.

De mais a mais, como já destacado na decisão de fl. 111 dos autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103, denota-se que a argumentação levantada pela parte é comum a ambos os feitos, que tramitaram e foram julgados de forma conjunta, representando o recurso protocolizado insurgência comum aos dois processos, motivo porque merece ser apreciada.

Afasta-se a prefacial aventada.

3. Mérito

Tratam-se de ações conexas que têm como causa de pedir contrato de compra e venda de imóvel (terreno urbano).

A construtora alegou a inadimplência e pugnou pela rescisão da avença. A compradora, a seu turno, sustentou a ausência da mora diante da abusividade do contrato ao fixar preço indexado ao salário mínimo e, ainda, exigir valores superiores aos constantes no contrato.

Com razão a compradora.

Extrai-se incontroverso dos autos ter a Construtora e Imobiliária Diana Ltda. firmado em 17/07/2008, com Odirlei de Oliveira, contrato particular de compra e venda de bem imóvel, cujo valor e forma de pagamento foi ajustada da seguinte forma (fls. 18/24, dos autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103):

“3ª - O preço certo e ajustado do imóvel descrito na cláusula 1ª é de R\$ 56.278,72 (cinquenta e seis mil duzentos e setenta e oito reais e setenta e dois centavos), que será pago pelo COMPRADOR da seguinte forma:

- a) Uma entrada a título de “arras” no valor de R\$ 1.000,00 (Hum mil reais), representado por Nota Promissória;
- b) O saldo de R\$ 55.278,72 (Cinquenta e cinco mil duzentos e setenta e oito reais e setenta e dois centavos), parcelado em 144 (Cento e quarenta e quatro) prestações mensais e sucessivas de R\$ 383,88 (trezentos e oitenta e três reais e oitenta e oito centavos);
- c) As prestações deverão ser pagas pelo COMPRADOR até o dia 20 de cada mês, sendo o vencimento da primeira prestação em 20/08/2008, no valor de R\$ 383,83 (trezentos e oitenta e três reais e oitenta e oito centavos), acrescidas da variação do IGPM/FGV ocorrida no período se a legislação assim o permitir, calculado a partir da data da assinatura do presente contrato, devendo os pagamentos ser efetuados no escritório da IMOBILIÁRIA ou em local por esta determinado, dentro dos prazos acima convencionados, podendo ainda, ser exigidas através de cobrança bancária.”

Contudo, em flagrante simulação – situação corriqueiramente enfrentada por esta Corte de Justiça – observa-se ter sido firmado pela Construtora e Imobiliária Diana Ltda. e o comprador Odirlei

de Oliveira, em 18.07.2008 – um dia após a celebração do contrato principal – Adendo Contratual (fl. 26 dos autos n. 0000877-25.2013.8.24.0103), no qual restou alterado o valor e a forma de pagamento, nos seguintes termos:

“Resolvem as partes alterar parte da cláusula terceira do sobredito contrato, passando o saldo devedor a ser pago da forma como adiante segue:

O saldo devedor será pago pelo COMPRADOR a IMOBILIÁRIA em 144 (cento e trinta e quatro) prestações mensais e sucessivas, sendo as primeiras 24 (vinte e quatro) prestações no valor equivalente a 65% do S.M (Sessenta e cinco por cento do Salário mínimo), as demais 120 (cento e vinte) parcelas no valor equivalente a 98% do S.M (Noventa e oito por cento do Salário Mínimo) do salário mínimo vigente na data dos respectivos vencimentos, sendo o vencimento da primeira prestação em 20/08/2008.

As cláusulas e condições que contrariem o presente termo aditivo têm seus efeitos suspensos enquanto o presente acordo gozar de eficácia.”

Observa-se, portanto, terem as partes acordado, inicialmente, que o valor total do imóvel seria de 56.278,72 (cinquenta e seis mil duzentos e setenta e oito reais e setenta e dois centavos), a ser pago mediante entrada a título de arras no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), mais 144 (cento e quatro) prestações mensais de R\$ 383,83 (trezentos e oitenta e três reais e oitenta e oito centavos) cada, atualizadas mensalmente pelo IGP-M.

Com a superveniência do Adendo Contratual, referido valor e forma de pagamento foram alterados, restando ajustado que o autor efetuará o pagamento do “saldo devedor” (valor não discriminado no Adendo Contratual), em 24 (vinte e quatro) prestações mensais no valor equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) do salário mínimo vigente na data dos vencimentos, seguidas de 120 (cento e vinte) parcelas no valor correspondente a 98% (noventa e oito por cento) do salário mínimo vigente nas datas dos respectivos vencimentos.

Acrescenta-se, ainda, ser incontestável, que o adquirente original, Odirlei de Oliveira, cedeu sua posição contratual à Marizete Hofmeister, em 27/04/2009 por meio da assinatura de “Termo de Transferência” (fl. 17, dos autos n. 0001836.64.2011.8.24.0103) que teve a anuência da vendedora, e no qual restou novamente alterado o preço e forma de pagamento.

Extrai-se:

“A Compradora neste ato assume, o total de 135 (Centos e trinta e cinco) prestações, numeradas de 10 a 144, sendo a parcela de n.º 10 (Dez) com vencimento em 20/05/2009 e as demais mensais e consecutivas, sendo as prestações no valor equivalente a 65% (Sessenta e cinco por cento) do salário mínimo, vigente na data dos respectivos vencimento.”

Ressalte-se que a modificação do contrato primitivo (e seu Adendo) negociada no Termo de Transferência, implicou na consequente alteração do preço, sem que, entretanto, houvesse expressa indicação (esclarecimento) acerca do novo valor venal total do bem que estava sendo adquirido pela parte autora.

Tal prática (ocultação do valor real da negociação) coloca o consumidor em patente desvantagem

na relação de consumo, uma vez que confere à vendedora posição privilegiada na negociação, em evidente afronta aos incisos I e IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, porque incompatível com a boa-fé e equidade.

Em razão disso, a legislação consumerista passou a admitir a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais iníquas, que desequilibram a relação contratual em desfavor do consumidor vulnerável, permitindo – quando ausente informações suficientes acerca de seu teor – a interpretação do contrato de acordo com a situação vivenciada na prática.

In casu, observada a concordância expressa de ambas as partes com a alteração da forma de pagamento previstos no contrato primitivo, descabida sua desconsideração integral, devendo, contudo, serem afastadas as disposições nulas e interpretadas eventuais disposições confusas ou obscuras em favor do consumidor (artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor).

A preservação do Termo de Transferência é a interpretação que deve prevalecer, pois atende à verdadeira intenção das partes, bem como ao princípio da conservação dos contratos de consumo.

Sobre a interpretação dos contratos, discorre Nelson Nery Júnior:

“Os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com a ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que a literalidade da manifestação e vontade (art. 85, Código Civil); c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (art.S 4º, caput e n. III, e 51, nº IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem contra stipulatorem, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação). (Código de defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 488-489)

Ressalte-se que, não se está modificando o valor originário do contrato de compra e venda para beneficiar o comprador, mas tão somente admitindo interpretação adequada à vontade dos contratantes, de acordo com a proteção consumerista e o princípio da boa-fé contratual.

O Termo de Transferência operou dupla modificação da avença originária, alterando-lhe o preço de cada parcela e a forma de atualização monetária, por meio de vinculação do preço ao salário mínimo.

Essa vinculação é nula de pleno direito.

Isso porque, “não se faz possível o reajustamento das parcelas vinculadas ao salário-mínimo, visto que tal base infringe, no plano constitucional, o disposto no art. 7º, IV, da Carta Magna, a qual proíbe a vinculação de preço, para qualquer fim, ao salário-mínimo’ (AC 2005.019478-0. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz)”. (TJSC. Apelações Cíveis n. 2009.015828-1 e n. 2009.015827-4, de Joinville. Rel. Des. Ronei Danielli, julgado em 02/08/2012).

Com efeito, dispõe o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...].”

Note-se, contudo, que o Termo de Transferência, não pode ser anulado como um todo, porquanto o artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor positivou o princípio da conservação dos contratos, determinando que tão somente seja afastada a validade das questões nulas, preservando-se no mais a conjugação de vontade das partes.

É o que dispõe o artigo 51, §2º, da legislação consumerista:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

Sobre referido dispositivo, leciona Nelson Nery Júnior:

“CONSERVAÇÃO DO CONTRATO - A nulidade de cláusula contratual não contamina todo o conteúdo do contrato, sendo isso possível, naturalmente.

Em atendimento ao princípio da conservação do contrato, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada devem ser feitos de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo.’ (STJ. 4ª T. - AgRg no REsp 718.744/RS. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5.5.2005).” (in, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado. Ed. Forense Universitária. 9ª Edição. 2007. p. 603).

No mesmo sentido, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é vedado o uso do salário mínimo como fator de atualização da indenização. O mesmo não ocorre, contudo, quando se faz uso dele como expressão do valor inicial da indenização” (STF. AI n. 537.333 ED. 2ª Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12.05.2009).

E desta Corte de Justiça:

“(…) 4. É nula disposição contratual que utiliza o salário-mínimo como indexador do preço (art. 7, IV, da CF/88), porém é válida sua utilização como base de fixação do valor inicial, porquanto na apreciação de nulidade da cláusula contratual, deve o julgador preservar ao máximo a real vontade das partes, expurgando se possível os excessos e somente decretando a invalidade da cláusula por inteiro em último caso quando se revelar inviável o seu aproveitamento. (...)” (TJSC. Apelação Cível n. 2008.023880-9 de Joinville. Rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 22.03.2012).

Diante disso, observado que o Termo de Transferência não só modificou a cláusula de correção monetária, mas igualmente alterou o preço do contrato em benefício do consumidor, descabida a desconsideração integral de sua validade.

Assim, deve ser decretada a nulidade unicamente da disposição atinente a atualização monetária pela variação do salário mínimo, mantendo-se, contudo, a disposição no tocante à modificação do preço da avença.

Dessarte, tem-se como nula a indexação ao salário mínimo previsto no Termo de Transferência, porém válida a fixação do valor da parcela inicial com base no valor do salário mínimo vigente ao tempo de sua assinatura (27/04/2009).

Deste modo, inexistindo empenço legal para conjugação de vontades com o fito de alterar o valor das parcelas, imperioso reconhecer-se a validade do Termo de Transferência, datado de 27/04/2009.

Como índice de correção das referidas prestações, deve ser utilizado o IGP-M conforme inicialmente pactuado, diante da inconstitucionalidade de vinculação do reajuste das parcelas ao salário mínimo (a incidir sobre o valor de cada parcela desde a data da assinatura do contrato até seu efetivo pagamento).

Assim sendo, em razão dos valores efetivamente exigidos quando do início da relação negocial, imperioso reconhecer como exigível o montante mensal de R\$ 302,25 (trezentos e dois reais e vinte e cinco centavos) – equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) do salário mínimo vigente à época da assinatura do Termo de Transferência (27/04/2009) –, valor sobre o qual deverão incidir os encargos contratuais (correção monetária pelo IGP-M) ao longo da execução da avença.

Ressalta-se, contudo, haver pedido expresso na exordial dos autos da ação revisional (processo n. 0000877-25.8.24.0103) para fixação do preço inicial das parcelas em R\$ 383,50 (trezentos e oitenta e três reais e cinquenta centavos).

Assim, fixa-se em R\$ 383,50 (trezentos e oitenta e três reais e cinquenta centavos) o valor de cada uma das 135 (cento e trinta e cinco) parcelas devidas pela compradora (montante a ser corrigido mensalmente pelo IGP-M).

Note-se, por oportuno, que a despeito do raciocínio empregado em Sentença, não só há prova da lavratura de termos contratuais vinculando as prestações ao salário mínimo, como o documento de fls. 14/15 dos autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103 demonstra a exigibilidade de valores superiores ao pactuado no Termo de Transferência, pois correspondem a 91,7% (noventa e um vírgula sete por cento) do salário mínimo vigente na data do vencimento da parcela.

Uma vez demonstrada a ilegalidade da forma de reajuste praticada pela requerida, resta descaracterizada a mora da apelante (compradora), nos termos do artigo 396 do Código Civil:

“Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputada ao devedor, não incorre este em mora.”

Ora, para caracterização da mora faz-se necessária a conjugação do elemento objetivo (falta do pagamento) e do elemento subjetivo (culpa do devedor).

Ocorre que, *in casu*, eventual débito tornou-se ilíquido, haja vista a incorreção legal dos valores exigidos do consumidor pela imobiliária apelada.

Com efeito, dispõe o Enunciado n. 354 da IV Jornada de Direito Civil que “a cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor”.

Neste aspecto, não se pode cogitar de culpa do consumidor – elemento subjetivo da mora –, tendo em vista a necessidade de recálculo dos valores, a fim de aferir eventual existência e extensão de saldo devedor.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte de Justiça:

“RESOLUÇÃO E REVISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PROCEDÊNCIA DAQUELA, IMPROCEDÊNCIA DESTA. APELO DO AUTOR. [...] MORA DO DEVEDOR DESCARACTERIZADA. O reconhecimento de encargos abusivos descaracteriza a mora, por ausência do elemento subjetivo e, via de consequência, impede que o nome do consumidor seja inserido nos cadastros de restrição ao crédito. SENTENÇAS REFORMADAS. RECURSOS DO ADQUIRENTE PARCIALMENTE PROVIDOS.” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.004762-1, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 13-11-2014).

Outrossim, de se destacar que a existência de cláusulas abusivas acarreta, por si só, na descaracterização da mora, como consequência lógica da declaração de nulidade das disposições contratuais.

Desta forma, uma vez afastada a utilização do salário mínimo como fator de reajuste e correção, não se pode cogitar de mora da apelante.

Denota-se, por oportuno, não ter sido autorizado nos autos da ação revisional o recolhimento do valor incontroverso em conta vinculada ao processo, não podendo, pois, a eventual falta de pagamento no período ser considerada como mora.

Dessarte, provê-se o recurso de apelação para julgar improcedente a ação de rescisão contratual (autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103) e julgar procedente a ação revisional (autos n. 0000877-25.2013.8.24.0103) para autorizar a realização do recálculo das parcelas pagas e devidas, levando-se em conta o valor das prestações em R\$ 383,50 (trezentos e oitenta e três reais e cinquenta centavos), a ser corrigido mensalmente pelo IGP-M.

3. Ônus sucumbenciais

Reformada a Sentença, incumbe a esta Corte a inversão do ônus sucumbencial, condenando-se a parte apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, diante do princípio da sucumbência (art. 20 do CPC – art. 85, do NCPC).

Importante salientar não haver condenação no presente caso, razão pela qual os honorários advocatícios serão fixados consoante o princípio da equidade estabelecido no artigo 85, § 8º, do NCPC.

Referido dispositivo confere ao órgão julgador poder discricionário a permitir preencher valorativamente a cláusula jurídica indeterminada, concedendo-lhe liberdade de escolha, segundo critérios de ponderação, adequação e proporcionalidade, tocante ao valor dos honorários advocatícios.

Sobre o critério da equidade na fixação dos honorários advocatícios, prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“O critério da equidade deve ter em conta o justo, não vinculado à legalidade. Fixar honorários por equidade não significa, necessariamente, modicidade” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 381).

Para tanto, devem ser considerados o grau de zelo dos profissionais, o local da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, a qualidade do trabalho realizado pelos advogados e o tempo exigido para os seus serviços no curso do processo, alcançando-se um denominador para arbitrar a verba devida.

Por essas razões, atentando-se aos parâmetros insculpidos na disposição legal em comento e sopesadas as peculiaridades do caso concreto, fixam-se como honorários advocatícios o percentual de 15% (quinze por cento) do valor atualizado de cada um dos processos.

4. Honorários assistenciais

Denota-se da leitura das Sentenças não haver a Magistrada singular realizado o arbitramento dos honorários advocatícios assistenciais.

Pois bem, verificada a lacuna da decisão é imperioso proceder-se o arbitramento dos honorários assistenciais nesta Instância (artigo 1.013, § 3ª, III, do CPC).

Sobre o tema, destaca-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO NA SENTENÇA. DEFENSOR DATIVO DO APELADO NOMEADO ANTERIORMENTE À CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO E AO JULGAMENTO DA ADI N. 4.270. FIXAÇÃO DA VERBA REMUNERATÓRIA COM BASE NA TABELA DE HONORÁRIOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO N. 3-2008, DE 6/3/2008, DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB/SC. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.011026-3, de Otacílio Costa, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal, j. 18-06-2014)

Assim, havendo a defensora da apelante sido nomeada para defender seus interesses pelo antigo sistema de Defensoria Dativa, imperioso o arbitramento de honorários assistenciais (fl. 14, dos autos n. 0000877-25.2013.8.24.0103), nos termos do artigo 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994.

Nesse sentido, remansosa é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR DATIVO. REPRESENTAÇÃO EM PROCESSO CRIMINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

TABELA DA OAB. ART. 22, § 1º, DA LEI N. 8.904/1994. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

2. “O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que, nos termos do parágrafo 1º do art. 22 da Lei n. 8.906/1994, o advogado que atuar como assistente judiciário de pessoas necessitadas, quando

inexistente ou insuficiente a Defensoria Pública no local da prestação do serviço, faz jus aos honorários fixados pelo juiz e pagos pelo Estado, segundo os valores da tabela da OAB.” (AgRg no REsp 1.512.013/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 28/10/2015) 3. Para a análise da ofensa ao princípio da proporcionalidade, na forma como tratada pelo recorrente, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgInt no REsp 1435762/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

E ainda

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DEFENSOR DATIVO. TABELA DE HONORÁRIOS DA SECCIONAL DA OAB. NATUREZA INFORMATIVA. NÃO VINCULANTE.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, “os valores recomendados pela entidade profissional não vinculam o juiz, pois possuem caráter informativo, servindo apenas como parâmetro para o arbitramento dos honorários” (AgRg no REsp 664.050/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 24/05/2013).

2. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

3. No entanto, a jurisprudência do STJ caminha no sentido de que, nesses casos, a Tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB tem natureza meramente orientadora, não vinculando o julgador, devendo ser levado em consideração a realidade do caso concreto.

Precedentes.

4. Agravo Interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1209432/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

Deste modo, em cada um dos processos forma-se em favor da defensora Dr. Dirley Maria Sanches Pereira, OAB/SC n. 5.170, título executivo contra o Estado de Santa Catarina, no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – referente à feitos cíveis contenciosos – totalizando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar improcedente a ação de rescisão contratual (autos n. 0001836-64.2011.8.24.0103) e julgar procedente a ação revisional (autos n. 0000877-25.2013.8.24.0103) para autorizar a realização do recálculo das parcelas pagas e devidas, levando-se em conta o valor das prestações em R\$ 383,50 (trezentos e oitenta e três reais e cinquenta centavos), a ser corrigido mensalmente pelo IGP-M. Invertida a sucumbência, condena-se a parte apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da cada uma das causas. Forma-se, igualmente, em favor da defensora Dr. Dirley Maria Sanches Pereira, OAB/SC n. 5.170, título executivo contra o Estado de Santa Catarina, no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – referente à feitos cíveis contenciosos – totalizando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Ação Rescisória n. 4009214-45.2016.8.24.0000, de Braço do Norte

Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil

AÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO QUE MANTEVE SENTENÇA QUE REJEITOU EMBARGOS MONITÓRIOS E CONDENOU A REQUERENTE AO PAGAMENTO DE 34 CHEQUES. TRÂNSITO EM JULGADO OCORRIDO DURANTE A VIGÊNCIA DO CPC/1973. APLICABILIDADE DESTE À HIPÓTESE. DOLO DA PARTE VENCEDORA E VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, III E V, DO CPC/1973) NÃO CONFIGURADOS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO NOVO (ART. 485, VII, CPC/1973) CONSISTENTE NO DEPOIMENTO PESSOAL DO RÉU COLHIDO EM AÇÃO PAULIANA. SUPOSTA CONFISSÃO DE QUE A DÍVIDA BUSCADA NA MONITÓRIA É ORIUNDA DE AGIOTAGEM. DECLARAÇÕES QUE NÃO CONFIRMAM EFETIVAMENTE A ALEGADA PRÁTICA ILEGAL. PROVA FRÁGIL E INCAPAZ DE, POR SI SÓ, ASSEGURAR À AUTORA PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL. APONTADO ERRO DE FATO EM FACE DE O *DECISUM* NÃO TER ADMITIDO A OCORRÊNCIA DE AGIOTAGEM. AUSÊNCIA DE MÁ PERCEPÇÃO DOS FATOS PELO JULGADOR. INTERPRETAÇÃO DIVERSA DESTA CORTE A RESPEITO DO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO SE ENQUADRA NO INCISO IX DO ART. 485 DO CPC/1973. *DECISUM* MANTIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4009214-45.2016.8.24.0000, da comarca de Braço do Norte 2ª Vara Cível em que é Autora Alberton Lar Ltda. e Réu Romeu Junkes Volpato.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido, condenar a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e determinar a reversão do depósito realizado pela autora em favor do réu, nos termos do art. 488, II e 494 do CPC 1973 (art. 974, § único, do CPC/2016). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Carlos Cartens Köhler, Rejane Andersen, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Túlio Pinheiro, Ronaldo Moritz, Robson Luz Varella, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Garcia Ubialli, Luiz Zanelato, Jaime Machado Jr. e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2018.

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação rescisória ajuizada por Alberton Lar Ltda. em face de acórdão da Quinta Câmara de Direito Comercial que, por votação unânime, negou provimento ao recurso de apelação cível n. 2011.007819-

3, confirmando a sentença que julgou improcedentes embargos monitórios e condenou a ora requerente ao pagamento do valor de R\$ 145.859,00 em favor de Romeu Junkes Volpato (fls. 280/290).

Aduziu que o requerido aforou contra si ação monitória para cobrança de 34 cheques, os quais foram emitidos como garantia de empréstimo; havia fortes indícios de que o requerido praticou agiotagem, contudo, o magistrado de primeiro grau julgou antecipadamente a lide e rejeitou os embargos monitórios, condenando a ora requerente ao pagamento dos cheques; após o trânsito em julgado da sentença, obteve prova nova consistente na confissão do réu sobre a prática de agiotagem. Requereu o deferimento de liminar para suspender o cumprimento de sentença da monitória n. 0001196-44.2014.8.24.0010 e, no mérito, a rescisão da sentença de primeiro grau (fls. 1/38).

Devidamente citado, Romeu Junkes Volpato apresentou resposta, alegando que está caracterizada a litigância de má-fé da parte autora. Por fim, pleiteou a improcedência do pedido em julgamento antecipado (fls. 644/648).

Às fls. 651/655, a requerente formulou novo “pedido de liminar incidental” a fim de suspender o cumprimento de sentença.

Os autos foram transferidos a este relator por conta do seu ingresso no Grupo de Câmaras de Direito Comercial.

No despacho de fl. 664 chamei o feito à ordem e determinei a emenda à inicial, dado que a parte autora pleiteava a rescisão da sentença *a quo* e não do acórdão proferido por esta Corte.

Sustentou a requerente, em emenda da inicial (fls. 667/682), que: muito embora o acórdão tenha afirmado que não havia indício de prova a autorizar a dilação probatória, o caderno processual possui conjunto probatório farto a respeito da prática de agiotagem por Romeu Junkes Volpato; a documentação existente jamais foi impugnada pelo autor da ação monitória; os altíssimos juros constantes nas planilhas apresentadas comprovam a prática de agiotagem; houve cerceamento de defesa na sentença de primeiro grau e no acórdão; o réu ajuizou ação pauliana contra a autora, na qual prestou depoimento pessoal e confirmou que era agiota; estão configuradas as hipóteses de nova prova, dolo processual do réu e erro de fato no acórdão, que autorizam a rescisão do *decisum*.

Ratificou o pedido de liminar para suspender o cumprimento de sentença n. 0001196.44.2014.8.24.0010 até o julgamento final desta ação.

Ao final, pugnou pela rescisão do acórdão combatido, a fim de anular a sentença de primeiro grau por cerceamento de defesa e determinar o retorno dos autos à origem, para a devida instrução.

O pedido de liminar restou indeferido na decisão monocrática de fls. 686/688.

Os autos vieram conclusos.

VOTO

De início, destaco que a presente demanda tramita sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, pois a decisão rescindenda transitou em julgado durante a vigência deste, ou seja, em 5.12.2014.

Cumprе salientar que não procedi à intimação da parte requerida para se manifestar a respeito da emenda da inicial (fls. 667/682) porquanto tal manifestação apenas repete os argumentos esposados na exordial, requerendo por fim a rescisão do acórdão proferido por esta Corte e não da sentença de primeiro grau. O julgamento desta demanda será favorável ao requerido, inexistindo qualquer prejuízo ante a ausência de manifestação deste sobre a petição de fls. 667/682. Eventual prejuízo, ademais, deve ser arguido pelo próprio demandado.

A ausência de intimação da autora para se manifestar a respeito da contestação igualmente encontra-se superada, uma vez que a defesa foi apresentada pelo requerido em 13.10.2016 (fls. 644/648) e, posteriormente, a autora compareceu aos autos em várias oportunidades, inexistindo, em nenhuma delas arguição de nulidade: 1) pedido liminar incidental em 7.11.2017 (fls. 651/655); 2) emenda da inicial em 30.4.2018 (fls. 667/682); 3) interposição de agravo interno contra decisão monocrática que indeferiu o pedido liminar em 3.10.2018 (fls. 1/2, incidente 50000); 4) pedido liminar incidental (fls. 5/6, incidente 50000); 5) emenda agravo interno (fls. 7/8, incidente 50000).

Procedo ao julgamento antecipado da lide com fulcro no art. 330 do CPC/1973, pois os elementos probatórios existentes nos autos são suficientes à formação do meu convencimento. A contenda cinge-se, em tese, à ocorrência ou não de agiotagem e à existência de prova nova neste sentido, sendo dispensável a produção de qualquer outro elemento fático além daqueles já cotejados no caderno processual.

Saliento que o destinatário das provas é o magistrado, incumbindo a este indeferir as diligências que entender impertinentes, na forma dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondentes aos arts. 370 e 371 do CPC/2015):

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Extrai-se dos autos que Romeu Junckes Volpato ajuizou em face de Alberton Lar Ltda. ação monitória objetivando a cobrança de 34 cheques no montante total de R\$ 145.589,00 (fls. 45/47). Os embargos monitórios foram julgados improcedentes e Alberton Lar Ltda. condenada ao pagamento do montante descrito na petição inicial (fls. 234/239). Este Tribunal de Justiça conheceu em parte e negou provimento ao apelo interposto por Alberton Lar Ltda. e não admitiu seus recursos especial e extraordinário (fls. 280/290, 307/308 e 323).

Certificado o trânsito em julgado (fl. 379), Alberton Lar Ltda. ajuizou a presente ação rescisória fundamentando seu pedido nos incisos III (dolo da parte vencedora), V (violação de norma jurídica), VII (prova nova) e VIII (erro de fato), todos do art. 966 do Código de Processo Civil de 2016, correspondentes, respectivamente, aos incisos III, V, VII, e IX do art. 485 do CPC de 1973:

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

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. (grifei).

Contudo, não vislumbro a configuração de nenhuma das hipóteses de rescisão do acórdão objurgado apontadas pela requerente.

O *dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida* (art. 485, III, do CPC/73) ocorre “quando a parte vencedora, seja qual for, faltando ao dever de lealdade e boa-fé (art. 14, II), haja impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou influenciado o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade” (Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565./ Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 124)

No caso em tela, não é possível identificar a ocorrência da hipótese supracitada, uma vez que inexistem nos autos prova de que o requerido “ingressou com a ação monitória sabendo que os cheques já haviam sido renegociados e que sobre os mesmos, desde a primeira renegociação, havia juros remuneratórios e moratórios mensais acima do permitido pelo Bacen” (fls. 8 e 681).

De igual modo, o simples fato de o acórdão rescindendo ter entendido que inexistia comprovação da agiotagem, não caracteriza *violação à norma jurídica* (art. 485, V, do CPC/1973) que veda tal prática ilegal.

Sendo assim, não há que se falar em *dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida* (art. 485, III, do CPC/73) e tampouco na *violação a literal disposição de lei* prevista no inciso V do art. 485 do mesmo Diploma Legal.

A respeito do *documento novo* previsto no inciso VII, art. 485 CPC 1973, ensina Pontes de Miranda:

O art. 485, VII, faz pressuposto suficiente para a propositura da ação rescisória ter o autor obtido documento

novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, se tal documento é suficiente para que a sentença lhe seja favorável. Ou ele prova a ignorância ao propor a ação, ou já em momento do processo em que não poderia apresentar, ou prova que o conhecia, mas dele não podia aproveitar-se (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VI: arts. 476-495. Rio de Janeiro, Forense, 20102, p. 244).

In casu, o documento novo apontado pela autora se trata de depoimento pessoal do requerido colhido nos autos de ação pauliana proposta contra a ora requerente, no qual aquele teria admitido a prática de agiotagem.

Aduz a requerente que nos autos da ação pauliana n. 010.08002739-3 Romeu Junckes Volpato “confessou ser agiota, não estar regulamentado pelo Banco Central para atuar com operações financeiras, praticar juros que variam de 3% a 5% ao mês, confessou ter emprestado os valores dos cheques constantes na monitória, por descontos, para a pessoa de Nelson Tenfen [...], confessou que tais cheques já haviam sido renegociados, confirmando assim o que foi dito na defesa e não foi analisado pelo Magistrado porque julgou antecipadamente a causa” (fls. 5/6)

O depoimento pessoal de Romeu Junckes Volpato foi colhido por meio de sistema audiovisual (ação pauliana n. 010.08.002739-3, fls. 1081/1082) e disponibilizado pelo cartório da 2ª Vara Cível da comarca de Braço do Norte a este relator. Transcrevo os trechos que dizem respeito à suposta agiotagem:

Advogada da Alberton Lar: Excelência, eu gostaria que o depoente justificasse a origem de ele ter emprestado 34 cheques para a empresa Alberton Lar, esses cheques estão em anexo, eles são objeto da ação monitória que foi entrada por ele em face da empresa e eu gostaria que ele pudesse justificar essa transação.

[...]

Romeu Junckes Volpato: Na realidade eu não emprestei cheques para eles. Eu fiz uma transação referente a compra e venda de madeira por um Sr. em Florianópolis que é primo do, que eu agora não sei o nome dele [...] que eles traziam madeira do norte, do nordeste, para que a Alberton Lar e a Construtora Engefaz utilizassem na construção deles.

Advogada da Alberton Lar: Mas aí o Sr. no caso deu o dinheiro para eles comprarem a madeira? [...]

Romeu Junckes Volpato: Sim, essa pessoa comparecia lá em casa com os cheques e eu transformava em liquidez porque nós tínhamos um acordo de compra de madeira [...] e com isso aí a madeira vinha para Santa Catarina e essa pessoa levava lá com os cheques da Alberton Lar.

Advogada da Alberton Lar: E qual é a taxa que o senhor cobrava?

Romeu Junckes Volpato: Na época eu sinceramente não lembro.

Advogada da Alberton Lar: E qual a taxa que o Sr. cobra hoje?

Romeu Junckes Volpato: Hoje, 2%

Advogada da Alberton Lar: E a empresa do senhor é registrada no banco central?

Romeu Junckes Volpato: Não.

[...]

Como se pode visualizar, Romeu Junckes Volpato informou ter participado de transação para

compra e venda de madeira e que, em razão disto, teria “transformado” os cheques em liquidez. Suas declarações são confusas e não apontam com clareza a prática de agiotagem.

A meu ver, este depoimento se reveste de fragilidade, sendo incapaz de, por si só, garantir pronunciamento favorável à requerente com a rescisão do acórdão proferido por esta Corte.

Com efeito, tendo em vista a estrita proteção ao instituto da coisa julgada e, por conseguinte, ao princípio da segurança jurídica, para alcançar a rescisão do acórdão combatido, cabia à autora demonstrar prova incontestada e hábil a desconstituí-lo, o que não o fez.

Sobre a matéria, colhe-se dos julgados desta Corte:

Não sendo o novo documento capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável à parte que o apresenta, ou havendo dúvida acerca dessa certeza, deve o julgador afastar tal possibilidade, porquanto “o Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da segurança jurídica dos cidadãos, mesmo em prejuízo à busca pela justiça. Por esse motivo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas estreme de dúvidas” (AgRg no AgRg no Ag n.º 394826/MG, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25/08/2003). (AR n. 2009.008339-3, de Blumenau, rel. Des. Carlos Prudêncio j. 7.8.2012). O *erro de fato* (inciso VIII, art. 485 CPC/1973), de sua vez, não resta demonstrado.

Logo, não merece amparo o pleito rescisório com fulcro no inciso V do art. 485 do CPC/1973.

Por fim, é sabido que o *erro de fato* autorizador da rescisão do julgado nos termos do art. 485, IX, do CPC/1973 é aquele decorrente da má percepção dos fatos pelo magistrado.

Acerca do assunto, anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 13. Ed., São paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p. 940/941).

Defende a autora que “o erro de fato está comprovado porque a sentença não admitiu a agiotagem” (fl. 8 e 681).

Ora, as provas produzidas na ação monitória foram analisadas pela Quinta Câmara de Direito Comercial, de modo que esta não foi obrigada e tampouco ficou adstrita à mesma interpretação dada pela autora no sentido de que “havia provas fartas nos autos” sobre a agiotagem.

Frise-se que o erro de fato deve ser “aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo”, como a suposta confissão do réu na ação pauliana.

Vale citar o posicionamento da Quinta Câmara de Direito Comercial sobre o cerceamento de defesa e a ocorrência de agiotagem:

[...] A empresa apelante pretendia comprovar por intermédio de provas testemunhais a prática de agiotagem.

Entretanto, não houve qualquer cerceamento de defesa. Veja-se.

Primeiro, porque o montante perseguido alcançava nos idos de 2006 a importância de R\$145.859,00. Mesmo que se considere o salário mínimo dos dias atuais, R\$622,00 (Decreto n. 7.655/11, DOU de 26-12-2011), seu décuplo não ultrapassa a importância perseguida na monitória, o que inviabiliza o uso da prova exclusivamente testemunhal, segundo dispõe o art. 401 do CPC.

Segundo, não se acostou aos autos indícios de provas, por mais frágil que possa ser, sobre a tese de agiotagem. Logo, igualmente impossível se utilizar de prova testemunhal com a finalidade de demonstrar tal prática, agora com base no art. 402 do CPC.

Terceiro, se o juízo sentenciante formou seu convencimento com o que consta dos autos e a matéria dispensa a produção da prova, apresentando-se o feito maturado para julgamento, não há que se prolongar sem motivo o desfecho da lide.

Sendo assim, a conclusão de que inexistiu agiotagem e tampouco cerceamento de defesa, bem como que é impossível no caso em tela a prova exclusivamente testemunhal em face do disposto nos arts. 401 e 402 do CPC/1973, em hipótese alguma se enquadra em “erro de fato”.

Por conta de todo o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido, condenar a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e determinar a reversão do depósito realizado pela autora em favor do réu, nos termos do art. 488, II e 494 do CPC 1973 (art. 974, § único, do CPC/2016).

Ação Rescisória n. 0118995-07.8.24.0000, de São José do Cedro

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AÇÃO RESCISÓRIA – PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ARESTO PROFERIDO PELA CÂMARA REGIONAL DE CHAPECÓ DESTA CORTE NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.030650-1 E DE NOVO JULGAMENTO – DEMANDA ORIGINÁRIA DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO, CUJOS PLEITOS FORAM REJEITADOS PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO.

ALEGADA OFENSA AO ART. 4º DO DECRETO N. 22.626/1933 E AO ART. 804 DO CÓDIGO CIVIL – INOCORRÊNCIA – “DECISUM” QUE, APRECIANDO O CASO CONCRETO, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NO PACTO DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE, DIANTE DA MODALIDADE CONTRATUAL – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 485 DO DIPLOMA PROCESSUAL DE 1973 (NCPC, ART. 966) – INTUITO DE REDISCUSSÃO DA CAUSA – UTILIZAÇÃO DA “ACTIO” RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE.

Por permitir o levantamento do manto da coisa julgada, mostra-se imprescindível, na hipótese prevista no art. 485, V, do extinto regramento processual, que a decisão rescindenda esteja maculada por vício flagrante, de extrema gravidade, sob pena de se admitir o uso da via processual rescisória, de caráter excepcional, como sucedâneo recursal, malferindo a segurança jurídica.

Justamente por esse motivo, prevê a súmula 343 do Supremo Tribunal Federal que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Na espécie, constata-se que os argumentos ora discorridos pela autora (relativos ao anatocismo no contrato de abertura de conta corrente) figuraram como objeto de amplo debate pelo aresto transitado em julgado, com evidente objetivo de manifestar contrariedade à interpretação conferida no caso concreto.

Logo, a improcedência dos requerimentos iniciais é medida impositiva.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS – DEMANDANTE QUE, ENQUANTO VENCIDA, DEVERÁ SUPORTAR O PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – REVELIA QUE OBSTA O ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, BEM COMO A REVERSÃO DO DEPÓSITO EM FAVOR DO RÉU – PRECEDENTE DESTA TRIBUNAL.

A teor do § 2º do art. 82 do Código de Processo Civil, “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”.

Na hipótese, restaram integralmente rejeitadas as postulações inaugurais, devendo a autora, na condição de vencida, arcar com a totalidade do pagamento das custas processuais.

“Registre-se, por fim, que, apesar de a revelia não produzir seu efeito material em ação rescisória – porquanto a autoridade da coisa julgada não pode ser desfeita com uma simples presunção que, aliás, é relativa –, o fato de os demandados não terem apresentado resposta neste feito impede o recebimento de honorários advocatícios, a título de sucumbência, bem como o levantamento do depósito de 5% realizado pela postulante (artigo 968, II, e 974, parágrafo único, do NCPC - art. 488, II, e 494 do CPC/1973)”. (Ação Rescisória n. 0168129-71.2013.8.24.0000, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 8/2/2018).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0118995-07.8.24.0000, da comarca de São José do Cedro Vara Única em que é/são Autor (s) Trans Schmitão Ltda e Réu (s) Banco do Brasil S/A.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido e, por maioria de votos, determinar a devolução do valor depositado (art. 488, II, do CPC/73) ao autor. Parcialmente vencidos no ponto os Exmos. Desembargadores Jânio Machado, Janice G. Garcia Ubialli, Luiz Zanelato, José Carlos Carstens Köhler e Soraya Nunes Lins.

Do julgamento, realizado em 12 de dezembro de 2018 participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubialli, Luiz Zanelato, Jaime Machado Júnior, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Rejane Andersen, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Tulio Pinheiro e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2018.

Desembargador Robson Luz Varella

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta por Trans Schmitão Ltda contra Banco do Brasil S/A, objetivando a desconstituição do acórdão proferido pela Câmara Especial Regional de Chapecó na Apelação Cível n. 2010.030650-1, que, em sede de retratação, afastou “a limitação imposta em relação a capitalização mensal dos juros no contrato de fls. 20” e, conseqüentemente, julgou improcedente o pedido inicial, com a readequação da verba sucumbencial.

Narrou que, embora acolhido parcialmente o pleito vestibular pelo togado de primeiro grau, deu-se a reforma da sentença pelo aresto rescindendo, rejeitando-se a integralidade dos pedidos inaugurais, o qual transitou em julgado em 16/6/2014.

Defendeu que o “decisum” violou o art. 4º da Lei de Usura, já que a avença, celebrada em 7/10/1999, não se submeteria ao autorizativo da Medida Provisória n. 2.170/2001. Apontou, ainda, ofensa ao art. 884 do Código Civil, na medida em que, ao julgar improcedente a postulação exordial, permitiu ao réu a obtenção de vantagem econômica indevida.

Pleiteou, ao fim, a desconstituição do julgado rescindendo, declarando-se, ato contínuo, a “ilegalidade da capitalização mensal de juros em contrato de conta corrente n. 6107-7 celebrado em 7 de outubro de 1999 entre as partes” (fl. 13).

O demandando, embora citado, deixou de apresentar contestação (fl. 312/315).

É o necessário relatório.

VOTO

Versam os autos acerca de ação rescisória por meio da qual se pretende a desconstituição do aresto, prolatado pela Egrégia Câmara Especial de Chapecó nos autos de n. 2010.030650-1, com o novo julgamento da controvérsia.

Salienta-se, desde logo, que o presente feito preenche regularmente os pressupostos formais de admissibilidade:

a) as partes – autora e réu do processado no qual proferido o acórdão objeto do pleito rescisório, – são legítimas para figurar nos polos ativo e passivo desta “actio”;

b) referido julgado restou exarado pela Câmara Especial de Chapecó, ensejando a competência deste Fracionário para apreciação do pedido exordial;

c) a peça póstica preenche os requisitos previstos art. 282 e 488 da extinta Lei Adjetiva Civil (NCPC, arts. 319 e 968);

d) houve recolhimento das custas processuais e do depósito previsto no art. 488, II, do revogado Código de Ritos (art. 968, II, do atual “Codex”), este último no valor de R\$ 346,56 (fls. 21, 22 e 310);

e) observou-se o prazo decadencial de dois anos (CPC/1973, art. 495, CPC/2015, art. 975), datando o trânsito em julgado e a propositura da lide de 17/3/2014 e 19/2/2015, respectivamente, conforme consulta ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ).

Destaca-se, ainda, que, não obstante a inércia do acionado em oferecer contestação (fls. 312/315), tem-se que a presunção gerada pela revelia é apenas relativa, podendo ser afastada quando existente prova contrária ou se o magistrado não se convencer das alegações autorais, com fundamento nos elementos probatórios coligidos ao processo.

É da jurisprudência deste Tribunal:

[...] REVELIA QUE NÃO PROVOCA O ACOLHIMENTO AUTOMÁTICO DO PEDIDO INICIAL. PRESUNÇÃO RELATIVA. NECESSIDADE DE O JUIZ SOPESTAR O CONJUNTO PROBATÓRIO. [...] (Apelação Cível n. 0000716-53.2012.8.24.0037, Rel. Des. Jânio Machado, j. em 22/11/2018)

Pois bem.

Antes de se adentrar à análise dos argumentos debatidos no processo, passa-se a tecer breve retrospecto fático das circunstâncias que norteiam o caso concreto.

Em 17/4/2009, Transchmitão Ltda moveu “procedimento ordinário de repetição de indébito” em face de Banco do Brasil S/A, alegando, em síntese, que pactuou contrato de abertura de crédito em conta corrente com o réu, sob o n. 13.115-6, no bojo do qual foram cobrados juros capitalizados e em taxa superior à avençada, requerendo, portanto, a devolução dos valores pagos a maior. Extrai-se da peça póstica, a formulação dos pedidos abaixo transcritos:

Requer seja julgada procedente a presente ação para declarar:

- 1) ilegal e indevida a cobrança de valores a título de juros em montantes superiores às taxas pactuadas no contrato e, após o vencimento do contrato as taxas que forem superiores as do CDB e da Taxa Selic a partir de sua entrada em vigor acrescidas do spread bancário de 20%;
- 2) ilegal e indevida a cobrança de valores a título de capitalização mensal dos encargos para que o cálculo obedeça a periodicidade anual;
- 3) ilegal e indevida a cobrança dos valores lançados a débito na conta corrente, sem ordem ou autorização expressa da Autora, bem como dos encargos como juros e sua capitalização incidentes sobre estes valores;
- 4) CONDENAR o réu ao ônus da sucumbência e a restituir a autora os valores a ser apurados em sede de Liquidação de Sentença o qual deverá ser atualizado pelo INPC a partir da indevida apropriação e acrescido dos juros de mora a contar da citação, valores que, salvo prova em contrário são estimados em R\$ 27.000,00. (fls. 31/32)

Apresentada contestação (fls. 64/77), sobre ela manifestou-se a demandante às fls. 82/86.

Posteriormente, o magistrado de origem acolheu em parte as pretensões vestibulares (fls. 87/98), nos seguintes termos:

Do exposto, resolvo o mérito julgando parcialmente procedentes s pedidos deduzidos na petição inicial (art. 269, I, do CPC), para: a) reconhecer a prescrição da pretensão condenatória, quanto ao período que antecede os dez anos anteriores à data da propositura da demanda, para o qual são ineficazes os comandos seguintes; b) limitar as taxas de juros remuneratórios efetivos anuais à taxa média de mercado, prevalecendo o percentual máximo de 64,61% a.a de 07.10.1999 até 23.05.2006 e de 34,73% a.a de 24.5.2006 em diante; c) excluir a capitalização de juros, em qualquer periodicidade, no tocante à conta corrente da parte ativa junto à parte passiva de 07.10.1999 até 23.05.2006, admitindo-a de 24.05.2006 em diante, observado o limite efetivo anual de 34,37% e; d) determinar a devolução/compensação dos importes exigidos a maior, na forma simples, de uma única vez.

Inconformadas, ambas as partes interpuseram recursos de apelação (fls. 112/116 e 147/158), tendo a Câmara Especial de Chapecó desprovido a insurgência da acionante e dado parcial provimento à irresignação da instituição financeira, a fim de: 1. declarar a nulidade parcial da sentença relativamente à limitação dos juros remuneratórios; 2. estabelecer os parâmetros de atualização e incidência de juros sobre os valores repetidos; e 3. redistribuir a responsabilidade pelo pagamento dos ônus sucumbenciais (fls. 177/190).

Entretanto, em sede de reexame, o Colegiado retificou o veredicto anteriormente prolatado para “afastar a limitação imposta em relação a capitalização mensal dos juros no contrato de fls. 20 e, conseqüentemente, julgar improcedente a demanda, com a readequação da verba sucumbencial; bem como determinar a remessa do feito à 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça” (fls. 261/265).

Pretende o acionante a rescisão desse decisório com fundamento no inciso V do art. 485 do extinto Código de Processo Civil, “in verbis”:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V – violar literal disposição de lei.

Indica, como violados, o art. 4º da Lei de Usura, bem como o art. 884 do Código Civil.

Ao lecionar acerca do cabimento da ação rescisória com espeque no referido preceito legal, com equivalência no art. 966, V, do Diploma Processual vigente, esclarece Alexandre Freitas Câmara:

Boa doutrina tem afirmado que este inciso V do art. 485 do CPC deve ser interpretado no sentido de se considerar rescindível o provimento judicial de mérito transitado em julgado que ofende direito em tese [...] Assim, deve-se considerar rescindível o provimento judicial que ofende o direito em tese, isto é, o correto sentido da norma jurídica. [...] A interpretação da norma jurídica pode ser divergente, e nada há de equivocado nisso. Afinal, a interpretação varia conforme o intérprete, que jamais é neutro em sua exegese. Cada intérprete afirma o sentido da norma jurídica que lhe parece apropriado conforme seus próprios valores e a partir de sua visão pessoal do mundo. Assim, não se pode considerar que dada interpretação é certa ou errada. Desse modo, é de se afirmar que qualquer interpretação razoável da norma jurídica é compatível com a norma interpretada e, por isso, não a ofende. Por tal razão, não se pode rescindir um provimento judicial pelo simples fato de ser baseado em uma das diversas possíveis interpretações da mesma norma jurídica. [...] (“in” Ação rescisória. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54-8)

Sabe-se que, por permitir o levantamento do manto da coisa julgada, mostra-se imprescindível, na hipótese prevista no art. 485, V, da revogada Lei Adjetiva Civil, que a decisão objeto de rescisão esteja maculada por vício flagrante, de extrema gravidade, sob pena de se admitir o uso da via processual, de caráter excepcional, como sucedâneo recursal, malferindo a segurança jurídica.

Justamente por esse motivo, prevê a súmula 343 do Supremo Tribunal Federal que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Sobre o assunto, extrai-se da recente jurisprudência da Corte Superior de Justiça:

Na Ação Rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera rediscussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível. (REsp 1646408/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 9/3/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, V, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA E EVIDENTE À LEI FEDERAL PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO NO PONTO EM QUE RECONHECEU A LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA E A AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. INADMISSÍVEL AÇÃO RESCISÓRIA QUANTO À MATÉRIA NÃO CONHECIDA PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A RESCISÃO DO JULGADO. 1. 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. 2. Conforme orientação jurisprudencial do STJ, na Ação Rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC/73, a violação de lei deve ser literal, direta, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos. [...] 4. Os argumentos trazidos na presente ação rescisória são os mesmos expostos na ação originária, o que manifesta a nítida pretensão de rediscussão do mérito da causa, sendo certo, contudo, que a ação rescisória não pode ser usada como sucedâneo recursal, em razão do seu caráter excepcional. 5. Pedido rescisório improcedente. (AR 4669/PI, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 10/5/2017) (sem grifos no original)

Não discrepa entendimento este Grupo de Câmaras de Direito Comercial:

AÇÃO RESCISÓRIA. ALMEJADA DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO DA COLETA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. [...] **ALEGADA OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DOS INCISOS V (VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI) E IX (ERRO DE FATO, RESULTANTE DE ATOS OU DE DOCUMENTOS DA CAUSA) DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** ARGUMENTAÇÕES QUE SE RESUMEM, BASICAMENTE, À TESE DE AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO DO REQUERENTE E DOS CO-PROPRIETÁRIOS DO TERRENO PENHORADO PARA A REALIZAÇÃO DA HASTA PÚBLICA QUE RESULTOU NA ARREMATAÇÃO DO REFERIDO IMÓVEL. **QUESTÃO DEVIDAMENTE ANALISADA NA DECISÃO QUE SE BUSCA RESCINDIR.** ACORDO FIRMADO, ADEMAIS, QUE, ALÉM DE NÃO TER SIDO ACEITO JUDICIALMENTE NA LIDE EXECUTIVA, EM DECISÃO IRRECORRIDA, FOI REJEITADO ULTERIORMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PACTUANTE. VÍCIO NO TOCANTE À CIENTIFICAÇÃO DO AUTOR ACERCA DA PENHORA E DO LEILÃO DO IMÓVEL NÃO DEMONSTRADO. ADEMAIS, JUÍZO RESCINDENDO QUE NÃO PODE ALCANÇAR ATO INTERLOCUTÓRIO EXARADO NA LIDE EXECUTIVA E QUE NÃO FOI OBJETO DE RECURSO, MAS APENAS A SENTENÇA, CONFIRMADA POR ACÓRDÃO, QUE REJEITOU OS EMBARGOS À ARREMATAÇÃO POR INTEMPESTIVIDADE. **RESCISÓRIA QUE NÃO SE DESTINA À REDISSCUSSÃO DA CAUSA, TRANSMUDANDO-SE EM SUCEDÂNEO RECURSAL. INOCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA QUE SE IMPÕE.** (Ação Rescisória n. 2012.005399-8, Rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 14/10/2015) (sem grifos no original)

“In casu”, verifica-se que a alegada ofensa à regra relativa à possibilidade do anatocismo foi objeto de apreciação exauriente em primeira e segunda instâncias.

Com efeito, a sentença, em especial, às fls. 94/96, abordou pontualmente a temática da capitalização de juros, a qual foi tratada, também, no julgado de fls. 186/188, que primeiro apreciou os recursos de apelação interpostos.

O acórdão rescindendo (fls. 261/265), de igual forma, explicitou pontualmente os motivos que levaram à conclusão de inaplicabilidade do afastamento da medida no contrato de abertura de conta corrente, firmado em 7/10/1999, o qual figura justamente como objeto da pretensão ora externada.

Veja-se:

No caso dos autos, denota-se que a decisão desta Corte vedou a incidência da capitalização mensal de juros no contrato de fl. 20, posto que firmado antes da edição da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, e manteve a incidência de tal encargo no contrato de fls. 24-37, sob pena de incidir em reformatio in pejus.

Nesse aspecto, faz-se necessário realizar alteração no julgado, para **afastar qualquer limitação em relação ao contrato de fl. 20 (Termo de Adesão as Cláusulas Gerais do Contrato de Abertura de Conta Corrente e Conta de Poupança – Pessoa Jurídica), posto se tratar de simples contrato de abertura de conta, no qual não há incidência da capitalização dos juros**, visto que tal encargo somente incidirá nas específicas operações de crédito firmadas entre as partes, conforme se infere, por exemplo, no contrato de abertura de crédito de fls. 24-37.

Assim, como salientado, **o contrato juntado a fls. 20, não se refere à específica operação de crédito, mas sim, tão somente, a abertura de conta, não havendo qualquer limitação a ser realizada em relação a capitalização dos juros, até porque, como demonstrado alhures, tal encargo não incide neste tipo de contrato/operação.** (fls. 263/265) (sem grifos no original)

Revela-se nítida, portanto, a intenção da autora em rediscutir matéria já examinada pelo “decisum” impugnado, não se prestando a via estreita da ação rescisória, contudo, para tal finalidade.

Como mencionado, a violação de dispositivo legal a justificar o manejo da rescisória deve ser flagrante, sendo inviável o acolhimento da pretensão com lastro em mero inconformismo da parte quanto à interpretação conferida pelo Julgador.

E, no caso, inexistente ofensa aos arts. 4º do Decreto-Lei n. 22.626/1933 e 884 do Código Civil, porquanto esta Corte verificou a inexistência dos requisitos fáticos que implicariam na vedação do anatocismo em periodicidade mensal, consoante se depreende da fundamentação supra, pois considerou que o pacto entabulado não comporta esse tipo de encargo.

Ademais, o deslinde da celeuma na forma em que operado é juridicamente viável, não havendo falar em afronta aos arts. 4º da Lei de Usura e 884 do diploma civilista.

Resta vislumbrada, portanto, a intenção da demandante em socorrer-se da ação rescisória como sucedâneo recursal, manifestando irresignação relativamente à interpretação conferida ao caso concreto.

Reitere-se, todavia, a imprestabilidade da presente via excepcional para essa finalidade, nos moldes acima discorridos.

Dessa forma, merecem ser julgados improcedentes os requerimentos formulados nesta demanda.

Ônus sucumbenciais e reversão do depósito

A teor do § 2º do art. 82 do Código de Processo Civil, “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”.

Na mesma linha, estabelece o art. 85 do referido Diploma Legal que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Na hipótese, restaram integralmente rejeitadas as postulações inaugurais, devendo a acionante, na condição de vencida, arcar com a totalidade do pagamento das custas processuais.

Relativamente aos honorários advocatícios, verifica-se a ausência de apresentação de contestação pela parte ré (fl. 315), apesar de validamente citada (fls. 312 e 314).

Assim, inviável é o arbitramento do estipêndio patronal decorrente da sucumbência.

De igual sorte, a despeito da improcedência dos pleitos portais, há óbice de reversão ao depósito prevista no art. 494 em favor do réu, motivado pelo não comparecimento deste no decorrer do trâmite processual. Nesse sentido, confira-se: Ação Rescisória n. 0168129-71.2013.8.24.0000, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 8/2/2018.

Por consectário, possibilita-se o levantamento do aludido depósito prévio pela acionante.

Conclusão

Diante do exposto, vota-se no sentido de julgar improcedentes as postulações exordiais, condenando-se a autora ao pagamento das custas processuais.

Embargos infringentes n. 0028154-54.2001.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Des. Jânio Machado

EMBARGOS INFRINGENTES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DIANTE DA LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS À TAXA DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO. JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 1.040, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). RETORNO DOS AUTOS AO GRUPO PARA REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA DESTACADA. AÇÃO MONITÓRIA SUPOSTADA EM CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE DO TIPO CHEQUE ESPECIAL. RETRATAÇÃO QUE SE IMPÕE, RESPEITANDO-SE O DISPOSTO NA SÚMULA VINCULANTE N. 7. MANUTENÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS PACTUADA, PORQUE A RELAÇÃO CONTRATUAL É ANTERIOR AO PERÍODO ABRANGIDO PELO INFORMATIVO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. REFORMA DA DECISÃO E RETORNO DOS AUTOS À 3ª VICE-PRESIDÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes n. 0028154-54.2001.8.24.0000, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz (2ª Vara), em que é embargante Banco do Brasil S/A, e embargada Sergio Dario dos Santos ME:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, nos termos do inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015, reformar a decisão no que diz respeito à questão jurídica destacada e determinar o retorno dos autos à 3ª Vice-Presidência. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2018, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os desembargadores Soraya Nunes Lins, Tulio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varela, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubialli, Luiz Zanelato, Jaime Machado Junior, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler e Rejane Andersen.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Jânio Machado

RELATOR

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A ajuizou ação monitória contra Sérgio Dário dos Santos ME sob o argumento de que é credor da quantia, atualizada até a data de 26.10.1998, de R\$445.905,83 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, novecentos e cinco reais e oitenta e três centavos), representada pelo contrato de abertura de crédito “Cheque Ouro Empresarial” celebrado no dia 1º.7.1994, na conta corrente n. 328.763-7.

A requerida opôs embargos monitórios (fls. 35/46) e, na sequência, o digno magistrado Laerte Roque Silva proferiu sentença (fls. 51/55), o que fez nos seguintes termos:

“PELO EXPOSTO e por tudo o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** a ação monitória aforada por BANCO DO BRASIL S/A contra SÉRGIO DÁRIO DOS SANTOS – ME, para CONDENAR o requerido/embargante ao pagamento da importância de R\$ 6.150,00 (seis mil, cento e cinquenta reais) com juros de 12% ao ano – sem capitalização -, correção monetária conforme o pactuado – sem capitalização, juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação e multa contratual de 2% sobre o valor devido, aplicada ao final, devendo o credor/embargado apresentar demonstrativo da evolução mensal da dívida, conforme as linhas anteriores, quando da liquidação da sentença.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em igual proporção, fixando estes em 10% sobre o valor da condenação, com base no art. 20 § 3º do CPC.” (o grifo está no original).

Inconformado, o embargado interpôs recurso de apelação cível (fls. 58/65) que foi desprovido pela Primeira Câmara Civil (fls.83/107), ficando vencido o desembargador Newton Trisotto, que declarou o seu voto (fls. 108/111).

Irresignado, o apelante interpôs embargos infringentes (fls. 116/121) insistindo na manutenção da taxa de juros remuneratórios convencionada.

O recurso foi admitido (fl. 125) e, após a resposta do apelado (fls. 132/136), julgado por este Grupo de Câmaras de Direito Comercial, na sessão do dia 13.6.2001, que o desproveu, por maioria de votos (fls. 140/150), vencidos os desembargadores Sérgio Paladino e Cláudio Barreto Dutra, sendo o acórdão assim ementado:

“Constitucional. Auto-aplicabilidade da limitação de juros contida no art. 192, § 3º, da Carta Magna. Recurso desprovido.

Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional. (TARS, Emb. 196080501, rel. Carlos Alberto Alves Marques)

Determinando a Constituição Federal que os juros reais não podem desbordar o linde de 12% ao ano, inexplicável conservar-se a orientação de que agrilhoado à edição de lei complementar. É mesmo imponderável a sanha com que se tem sinalizado favoravelmente às instituições bancárias, postergando direitos garantidos pela Carta Constitucional.

Tolher garantias fundamentais, alardeando a carência de auto-aplicabilidade das normas que as prevejam, é tendência perniciosa, capaz de derruir o que Konrad Hesse nomearia ‘vontade de constituição’, fazendo esboroar, por conseguinte, a força normativa da Carta Fundamental.” (o grifo está no original).

Irresignado, o credor interpôs recursos extraordinário (fls. 159/168) e especial (fls. 170/183), sendo negado seguimento a este (fl. 204) e admitido aquele pela 2ª vice-presidência (fls.206/207). O credor, então, interpôs agravo de instrumento, sendo juntada a decisão proferida pelo ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, em 25.2.2003, o que fez para o fim de conhecer do recurso

especial e provê-lo “(...) para afastar o fundamento infraconstitucional do julgado no tocante à taxa de juros remuneratórios, declarando que a lei aplicável à espécie não a limita a 12% ao ano” (fl. 210).

Os autos foram remetidos para a comarca de origem e arquivados administrativamente em 29.3.2005 (fl. 227). Em 27.5.2015 e 29.5.2015, o credor requereu o uso dos sistemas Renajud e Infojud, respectivamente (fls. 229/232), o que foi deferido (fl. 233). Instado para impulsionar o feito em 4.7.2017 (fl. 241), o credor requereu o cumprimento da sentença (fls.244/268). Na sequência, o digno magistrado revogou as decisões proferidas desde o retorno dos autos à origem e determinou a sua remessa ao Supremo Tribunal Federal (fls. 276/278). Naquela Corte, o ministro Ricardo Lewandowski determinou o retorno dos autos “à origem a fim de que seja observado o disposto no art. 1.036 do Código de Processo Civil” (fl. 296). A seguir, o desembargador Altamiro de Oliveira, respondendo pela 3ª vice-presidência, determinou que os autos retornassem ao Grupo de Câmaras de Direito Comercial, “na forma do art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, e do art. 5º, da Resolução n. 42/2008 deste Tribunal de Justiça, para a apreciação da questão jurídica destacada”, qual seja, a auto-aplicabilidade do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal (fls. 299/300).

VOTO

O embargante interpôs recurso extraordinário contra o acórdão proferido na sessão de 13.6.2001 (fls. 140/150), que considerou auto-aplicável o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, limitando em 12% (doze por cento) ao ano a taxa de juros remuneratórios.

Ocorre que, ao apreciar o recurso representativo da controvérsia (recurso extraordinário n. 582.650), o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante n. 7, estabelecendo que “a norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.”.

Assim, o caso é de retratação, afastando-se a limitação imposta no julgamento realizado anteriormente, uma vez que os juros remuneratórios não estão limitados à taxa de 12% (doze por cento) ao ano.

Em verdade, esta Casa tem examinado a abusividade da taxa de juros contratada à luz da taxa média de mercado que é informada pelo Banco Central do Brasil, nos termos do enunciado n. I do Grupo de Câmaras de Direito Comercial:

“Nos contratos bancários, com exceção das cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não é abusiva a taxa de juros remuneratórios superior a 12 % (doze por cento) ao ano, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do pacto, divulgada pelo Banco Central do Brasil.”.

A ação monitória ajuizada pelo embargante está suportada no contrato de abertura de crédito do tipo cheque especial celebrado em 1º.7.1994 na conta corrente n. 328.763-7, da agência n. 2.600-X, em que foi pactuada a taxa de juros remuneratórios de 8,9% (oito vírgula nove por cento) ao mês (fl. 9). Contudo, o informativo do Banco Central somente passou a ser divulgado para a modalidade de crédito rotativo de pessoa jurídica a partir do mês de agosto de 1994, o que justifica a manutenção da taxa pactuada, até porque a existência de abuso, no caso concreto, não foi demonstrada pela embargada.

A propósito, o Grupo de Câmaras de Direito Comercial assim já decidiu:

“EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATOS BANCÁRIOS. MANUTENÇÃO DOS ÍNDICES NEGOCIADOS A TÍTULO DE JUROS REMUNERATÓRIOS NOS PACTOS CELEBRADOS ANTES DE JULHO DE 1994. PREVALÊNCIA, ADEMAIS, DO ENUNCIADO I DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DO TJSC. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (embargos infringentes n. 2009.071900-3, de Brusque, relator o desembargador Ricardo Fontes, j. em 11.4.2012).

Com essas considerações, o Grupo, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, reforma a decisão proferida na sessão do dia 13.6.2001, o que faz para manter a taxa de juros remuneratórios pactuada, retornando os autos à 3ª vice-presidência para os fins de direito.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4026298-88.2018.8.24.0000, de Tangará

Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INIBITÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA INDEFERIDA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

ADMISSIBILIDADE RECURSAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO RECURSAL TRAZIDO NAS CONTRARRAZÕES. EVENTUAL MODIFICAÇÃO DA EMBALAGEM EM DISCUSSÃO QUE NÃO AFETA A MATÉRIA TRATADA NO RECURSO. PRETENSÃO AFASTADA.

MÉRITO. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. ALIMENTOS PARA ANIMAIS. ALEGAÇÃO DE TRADE DRESS. SIMILITUDE DAS EMBALAGENS APARENTE. IDENTIDADE DE CORES, VETORES E DISTRIBUIÇÃO DE INFORMAÇÕES. MODIFICAÇÃO DO LOGOTIPO DA EMPRESA AGRAVADA PARA ADERIR DISCRETAMENTE À EMBALAGEM SEM CHAMAR A ATENÇÃO. ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM, POR ORA, A POSSIBILIDADE DE GERAR UM COMPORTAMENTO IMPREVISÍVEL AOS OLHOS DO MERCADO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. DETERMINAÇÃO PARA RETIRAR AS EMBALAGENS DO MERCADO, BEM COMO IMPEDIR SEU USO QUE SE IMPÕE. LIMITAÇÃO DO PLEITO AO CONTIDO NA PETIÇÃO INICIAL E AGORA RECURSAL. MODIFICAÇÃO DA EMBALAGEM EFETIVADO APÓS O INGRESSO DO PEDIDO NÃO É OBJETO DA DEMANDA. MULTA DIÁRIA NECESSÁRIA PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PECULIARIEDADE AO CASO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4026298-88.2018.8.24.0000, da comarca de Tangará Vara Única em que é Agravante Grandfood Indústria e Comércio Ltda e Agravado N. b. Mengatto & Cia Ltda-Me.

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 6 de dezembro de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Zanelato.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2018.

Desembargador Guilherme Nunes Born

Relator

RELATÓRIO

1.1) Da inicial

Grandfood Indústria e Comércio Ltda interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão interlocutória proferida na ação inibitória, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais, n.º 0300261-97.2018.8.24.0071 que indeferiu o pedido de tutela de urgência antecipada para “*que a Ré cesse a fabricação e/ou comercialização dos produtos FAMINTUS PREMIUM em embalagens que reproduzam o conjunto imagem dos produtos GOLDEN FÓRMULA da Autora, bem como determine que a Ré providencie o recolhimento de todos os produtos/embalagens infratoras que estejam atualmente disponíveis no mercado*” (fl. 38 do processo na origem).

Conta a parte agravante, em síntese, que atua no ramo de desenvolvimento e fabricação de alimentos para animais de estimação tendo, dentre os seus produtos, a marca Golden. Esta, refere-se a uma linha de produtos diferenciados no mercado, com ingredientes específicos, tendo sido reconhecida pelos consumidores e por sítios eletrônicos de pesquisa na área como uma das melhores do mercado. Aduziu que, desde seu lançamento, obteve diversos registros para a marca Golden junto ao INPI, tudo em prol de defender seus direitos de propriedade industrial.

Contudo, alegou que a parte agravada lançou no mercado uma ração para cachorros cuja identidade visual é praticamente idêntica a sua, inclusive o logo do fabricante foi modificado para sequer chamar a atenção, tendo identificado diversos pontos em comum com sua ração, tais como a combinação e distribuição das cores na embalagem, a combinação de cores e posição das marcas, a estilização, posicionamento e conteúdo dos dizeres indicativos “100% de satisfação” e a faixa central.

Reforçou que, a combinação de tais elementos, além da notória semelhança, cria uma falsa impressão ao consumidor de que são produtos semelhantes e deixa evidente a má-fé da agravada, porquanto buscou revestir seu produto com a apresentação mais próxima possível a marca líder do mercado.

Discorreu, ainda, sobre os pressupostos para o deferimento do pedido de tutela de urgência antecipada, falando dos danos causados pela manutenção desta situação.

Ao final, requereu a antecipação da tutela recursal para que “*a) a Agravada cesse a fabricação e/ou comercialização dos produtos FAMINTUS PREMIUM em embalagens que reproduzam o conjunto imagem dos produtos GOLDEN FÓRMULA da Agravante, bem como b) providencie o recolhimento de todos os produtos/embalagens infratoras que estejam atualmente disponíveis no mercado*” (fl. 25). No mérito, pugnou pela reforma da decisão atacada.

1.2) Da decisão agravada

Por decisão interlocutória (fls. 289/295), proferida em 30/08/2018, o Juiz de Direito Flávio Luís Dell’Antônio, indeferiu o pedido de tutela de urgência antecipada para “*que a Ré cesse a fabricação e/ou comercialização dos produtos FAMINTUS PREMIUM em embalagens que reproduzam o conjunto imagem dos produtos GOLDEN FÓRMULA da Autora, bem como determine que a Ré providencie o recolhimento de todos os produtos/embalagens infratoras que estejam atualmente disponíveis no mercado*” (fl. 38 do processo na origem).

1.3) Da decisão monocrática

Em sede de análise preliminar do recurso (fls. 55/59), este Relator, no dia 03/10/2018, deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal.

1.4) Das contrarrazões

Presente (fls. 63/75), com pedido de perda superveniente do objeto recursal.

Após, ascenderam os autos a este Colegiado.

Este é o relatório.

VOTO

2.1) Do objeto recursal

A discussão é sobre os pressupostos para conceder o pedido de tutela de urgência antecipada.

2.2) Do juízo de admissibilidade

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, eis que ofertado a tempo e modo, recolhido o devido preparo e evidenciado o objeto e a legitimação.

2.2.1) Do pedido de perda superveniente do objeto recursal

A parte agravada, em suas contrarrazões (fls. 63/75), trouxe pedido de perda superveniente do objeto recursal, sob a alegação de que, após notificação recebida da parte agravante, *vários contatos foram mantidos e a Agravada promoveu diversas alterações na embalagem do seu produto, justamente, visando solucionar a questão de maneira amigável*” (fl. 73), de forma que a embalagem passou a ser ainda mais distinta do produto da agravante.

Contudo, eventual modificação da embalagem não configura óbice para o presente recurso, uma vez que a pretensão recursal visa retirar a embalagem objeto da demanda do mercado de consumo, sendo que isto não fora provado.

Ademais, se de fato houve composição e/ou atendimento pela parte agravada da pretensão da parte autora, isto não pode ser agora reconhecido, sob pena de supressão de instância.

2.3) Do mérito

A Luz do Código de Processo Civil tem-se que “*A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência*” (art. 294), sendo aquela dividida em cautelar e antecipada, podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

O caso em apreço traz discussão acerca da tutela provisória de urgência antecipada, que é prevista no art. 300 do CPC, *in verbis*:

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.

Assim, para a concessão da tutela almejada é necessária a demonstração: i) da probabilidade do direito; ii) do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; iii) da ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Ainda, faculta-se a exigência de caução e/ou a designação de audiência de justificação.

Sobre tais pressupostos, é da doutrina:

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. Afim de caracterizar urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória, o legislador falou em “perigo de dano” (provavelmente querendo se referir à tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar). Andou mal nas duas tentativas. Em primeiro lugar, porque o direito não merece tutela tão somente diante do dano. O próprio Código admite a existência de uma tutela apenas contra o ilícito ao ter disciplinado o direito à tutela inibitória e o direito à tutela de remoção do ilícito (art.497, parágrafo único, CPC). Daí que falar apenas em perigo de dano é recair na proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada, já que o Código Buzaid, depois das Reformas, utilizava-se de uma expressão capaz de dar vazão à tutela contra o ilícito (“receio de ineficácia do provimento final”). Em segundo lugar, porque a tutela cautelar não tem por finalidade proteger o processo, tendo por finalidade tutelar o direito material diante de um dano irreparável ou de difícil reparação. O legislador tinha à disposição, porém, um conceito mais apropriado, porque suficientemente versátil, para caracterizar a urgência: o conceito de perigo na demora (*periculum in mora*). 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 direito. (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado I Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. --São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Páginas 312-313).

No caso em apreço, conforme já dito, em que pese a decisão monocrática deste Relator proferida no Agravo de Instrumento n.º 4014892-10.2018.8.24.0000, a qual indeferiu naquela época o pedido de antecipação da tutela recursal sobre este assunto, mas sem solução quanto ao mérito, porquanto tal recurso não foi conhecido, a situação ora em apreço mudou, razão pela qual impõe-se nova análise do acervo probatório.

É cediço que o “trade dress”, ou seja, o conjunto visual global de um produto ou a forma de prestação de um serviço, não é especificado na Lei, porém sua proteção decorre do dever geral de garantia de livre mercado, consoante o art. 209 da Lei 9.279/1996, bem como consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Nesta senda, no caso em apreço, sem se aprofundar a exaustão, porquanto ainda serão produzidas provas testemunhal e pericial, conforme decidido na origem, é possível perceber a existência de diversas e significativas semelhanças entre as embalagens, seja quanto a cor, a distribuição da informação e até os vetores e conceitos ali dispostos, sendo passível de confusão.

Inclusive, o que chama a atenção é a modificação do logo da empresa que, enquanto nos demais produtos que comercializa utiliza a cor verde, mas na embalagem questionada, usa o laranja, de forma a aderir discretamente a embalagem.

Deste modo, nesta fase de cognição sumária, transparece que a manutenção da situação é passível de causar um comportamento imprevisível aos olhos do mercado, razão pela qual impõe-se o deferimento do pedido para impedir a comercialização do produto nesta embalagem, bem como sua retirada do mercado, no prazo de 30 (trinta) dias.

Observa-se, no caso em concreto, que quando do pedido inicial, não havia a modificação da embalagem pela parte agravada. Assim, tanto a decisão de primeiro grau, quanto ao pedido de recurso, não levam em consideração o fato da agravada ter modificado a embalagem. A limitação desta decisão se afigura na embalagem primeira, que gerou a causa pede pedir na pretensão inaugural (primeiro grau).

Ou seja, a proibição é relativa a primeira embalagem, a referida na petição inicial da ação inibitória e objeto de análise nesta peça recursal. As modificações diversas fogem do olhar deste *decisum*.

Importante pontuar que não cabe, por ora, impedir a produção da ração animal, porquanto, sua apresentação, forma ou cor não estão sendo questionadas, mas somente a embalagem, razão pela qual, por ora, se modificada esta, poderá manter sua atividade empresarial com relação ao produto propriamente dito.

A fim de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, forte nos artigos 497 e 537 do Código de Processo Civil, impõe-se a fixação de multa diária para a obrigação de não fazer (não comercializar o produto com esta embalagem), bem como para a obrigação de fazer (recolher as embalagens do mercado de consumo em trinta dias), no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), limitada a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

3.0) Conclusão:

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) conheço do recurso;

3.1.1) dou parcial provimento determinar que a parte agravada abstenha-se de comercializar o produto na embalagem em discussão (primeira embalagem, aquela referida na causa de pedir da ação inibitória), bem como recolha estas do mercado de consumo em trinta dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), limitada a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0303062.2014.8.24.0007, de Biguaçu

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE FATO CUMULADA COM PEDIDO DE RESOLUÇÃO E APURAÇÃO DE HAVERES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSO DO AUTOR.

FALTA DE PROVA ESCRITA DA EXISTÊNCIA DO CONTRATO ENTRE AS PARTES PARA A CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL DE FATO. LIMITAÇÃO PROBATÓRIA ESTABELECIDADA PELA REGRA DO ARTIGO 987 DO CÓDIGO CIVIL AOS QUE AFIRMAM SER SÓCIOS DE UMA SOCIEDADE EM COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO COM BASE EM PROVA INDICIÁRIA OU EM MERAS PRESUNÇÕES. NARRATIVA FÁTICA QUE NÃO EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE UMA SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONSTITUÍDA ENTRE AS PARTES, MAS SOMENTE POSSÍVEL AQUISIÇÃO DE UMA EMBARCAÇÃO EM CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO. QUESTÃO PATRIMONIAL QUE DEVE SER DISCUTIDA EM AÇÃO PRÓPRIA. DEMANDANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AFIRMADO NA DEMANDA.

VERBAS SUCUMBENCIAIS. APELO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/15. NOVO REVÉS DO RECORRENTE. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA EM FAVOR DO CAUSÍDICO DA APELADA QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 85, § 11º, DO NOVO CPC.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. “Nas questões entre sócios e entre eles e terceiros, tal sociedade só se provará por escrito (público ou particular), de modo que um sócio não poderá demandar contra o outro sem exibir documento de constituição da sociedade (RF 141:299 e 11:450; RT 673:72, 190:303, 152:714 e 160:154; AJ, 74:289). [...] Logo, a caracterização de uma sociedade em comum nem sempre constituirá uma tarefa fácil” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 680)

2. “O litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 381).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303062.2014.8.24.0007, da comarca de Biguaçu 1ª Vara Cível em que é Apelante Fabiano Miguel e Apelado Lupericio Alves Filho.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador Luiz Zanelato

Relator

RELATÓRIO

Fabiano Miguel propôs ação declaratória de reconhecimento de sociedade empresarial de fato e resolução c/c apuração de haveres em face de Lupercio Alves Filho, requerendo, liminarmente, a indisponibilidade da embarcação adquirida junto à Capitania dos Portos e a proibição de sua navegação; e, no mérito, a declaração de reconhecimento e de dissolução da sociedade de fato, com a apuração de haveres e indenização por perdas e danos.

Recebida a petição inicial, foi indeferido, naquele momento, o pedido de tutela antecipada de urgência e determinada a citação do réu (fls. 122-123).

Antes da citação do réu, o autor apresentou petição de emenda da inicial e formulou novo pedido de tutela antecipatória, que foi deferido em caráter acautelatório para o fim de determinar a remessa “de Ofício à Delegacia da Capitania dos Portos de Itajaí, acompanhado de cópia da presente decisão, no qual fique descrita a proibição de transferência da propriedade da embarcação denominada “JAGUAR”, inscrita sob n.º 443-0079617, motor n.º 3032301, em nome de Lupércio Alves Filho” (fl. 133).

Citado, o réu ofereceu resposta na modalidade de contestação, para o fim de arguir as seguintes teses defensivas: (a) inépcia da petição inicial; (b) impossibilidade jurídica do pedido; (b) falta dos requisitos do artigo 283 do CPC/73, vigente à época; (c) falta de interesse de agir; (d) no mérito, a inexistência de contrato de sociedade entre as partes; (e) que o autora nunca realizou investimentos, aplicação de dinheiro ou trabalho na atividade do réu; (f) houve a outorga de procuração para que o réu o auxiliasse “em terra”, cuidado de seus interesses quando estivesse em alto mar; (g) houve a apropriação indevida de valores do réu pelo autor; (h) as partes apenas celebraram empréstimo de dinheiro, o qual já foi adimplido pelo réu. Formulou, ainda, pedidos contrapostos de condenação em danos morais e ao pagamento dos valores a título de prejuízos materiais e sanções por litigância de má-fé.

Em réplica, o autor impugnou os argumentos apresentados na contestação e requereu a designação de audiência (fls. 265-281).

Designado ato instrutório e determinada a especificação das provas pretendidas (fl. 282), após a apresentação dos róis de testemunhas, em primeira audiência, as partes requereram suspensão do processo por trinta dias para tentar resolverem o litígio amigavelmente (fl. 313).

Requerido o prosseguimento do feito (fl. 316), houve a designação de nova audiência (fl. 317), na qual foram tomado o depoimento pessoal do réu e procedida à oitiva de seis testemunhas.

Encerrada a instrução, foi aberto prazo sucessivo às partes para a juntada de alegações finais (fls. 354-360 e 362-370).

Na sequência, foi prolatada sentença pelo magistrado de primeiro grau, nestes termos:

[...] Diante do exposto, REJEITO o “pedido contraposto” oposto pelo Requerido, e JULGO IMPROCEDENTE a presente Ação Declaratória de Reconhecimento de Sociedade Empresarial De Fato e Resolução c/c Apuração de Haveres ajuizado por Fabiano Miguel em face de Lupercio Alves Filho, condenando as partes de modo

equânime ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixando estes em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, §8º., do Código de Processo Civil. Expeça-se ofício à Capitania de Portos de Itajaí, para cancelar a proibição de transferência da propriedade da embarcação denominada “JAGUAR”, inscrita sob o nº. 433-0079617, motor nº. 3032301, em virtude do presente processo. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Após transitada em julgado, archive-se. (fls. 372-382)

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação para pleitear a reforma da sentença pelos seguintes fundamentos: (i) cumpre combater a declaração do Magistrado *a quo*, logo no primeiro parágrafo de sua fundamentação, de que as partes faltam com a verdade, isto por que, por razão simples, seria dever deste, caso de fato tivesse constatado esta má-fé, ter aplicado as sanções dela decorrente. Contudo, nada há neste sentido. A existência da sociedade é incontroversa na sentença recorrida; (a) o fundamento do juízo *a quo* para julgar improcedente a lide, ou seja, de que não se pode ter certeza do quantum de participação de cada um no negócio jurídico acordado entre ambos, não se sustenta, porque não é dado ao Estado-Juiz, uma vez convencido e comprovado a existência da sociedade, negar o direito; (b) a ausência de instrumento de contrato social torna, nos exatos termos do artigo 986 do Código Civil, a sociedade como não personificada, jamais afastando os direitos e obrigações dela decorrente; (c) a exigência de prova escrita no caso em tela se refere apenas às ações cuja à causa de pedir se funde no próprio instrumento de constituição da sociedade, ou seja, no próprio contrato social; (d) farta é a prova acostada aos autos e que demonstra de forma insofismável a existência da sociedade e, mais do que isso, restou reconhecido na sentença ainda que referida sociedade produziu efeitos no mundo jurídico, pelo que a sua reforma é inarredável, não se justificando a improcedência sob o frágil argumento, data máxima vênia, de não se saber qual a participação de cada um na sociedade ante o disposto no artigo 988 do Código Civil; (e) pela cronologia dos fatos e conforme faz prova o documento de folhas 29 e 33, em 09-06-2014 as partes levaram a cabo a constituição da sociedade empresarial, isto porque munidos do ânimo associativo e do esforço comum para atingir os fins pretendidos com a sociedade, adquiriram uma embarcação para pesca de camarão, objeto da sociedade, devidamente registrado na Capitania dos Portos de Itajaí sob o nº 443-0079617; (f) ao contrário do que constou da fundamentação da sentença neste particular, restou plenamente comprovado pelo autor/recorrente os pagamentos que este efetuou pelos documentos de fls. 37-41, de que a primeira parcela foi paga pelo recorrente; (g) a testemunha Priscila de Souza não destoa desta prova e corrobora afirmando que foi o recorrente quem pagou (efetuou o pagamento/depósito) referente ao cheque de titularidade do recorrido correspondente ao primeiro pagamento da embarcação; (h) terceira parcela, de cem mil reais, o pagamento se deu então através de empréstimo bancário, também comprovado nos autos pelo documento de folhas 53-56 e corroborado ainda pelo depoimento da testemunha e ex-proprietário da embarcação, Sr. Mario Costa; (i) os documentos e petição juntados extemporaneamente pelo recorrido as folhas 337-353, não possuem o condão de desnaturar o que até aqui já fora exposto, isto porque sequer veio aos autos com a defesa e sequer havia sido mencionado até este momento.

Intimado, o apelado ofereceu contrarrazões às fls. 424-433, pugnando pelo desprovemento do recurso.

Os autos ascenderam e vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

A apelação foi interposta de sentença prolatada em 20-05-2016, ou seja, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, de sorte que os juízos de admissibilidade e de mérito, bem como o processamento do recurso devem ser realizados à luz da nova legislação processual.

Assim, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso, que passa a ser analisado.

Inicialmente, é importante destacar que o objeto da presente controvérsia restringe-se à existência ou não de sociedade comercial de fato entre as partes e, em caso de reconhecimento, à dissolução e partilha do patrimônio societário, conforme se verifica do teor dos pedidos formulados na petição inicial, textualmente:

[...] Ante todo o exposto requer:

- a) a concessão de liminar inaudita altera parte para determinar a indisponibilidade do bem junto a capitania dos portos, proibindo-se a navegação da embarcação acima descrita até decisão final da lide;
- b) a citação do réu, no endereço constante no preâmbulo desta exordial para o fim determinado no artigo 297 do CPC, sob pena da incidência do disposto no artigo 319 e seguintes do CPC;
- c) seja ao final julgada procedente a lide para declarar o reconhecimento da sociedade de fato, e conseqüentemente, a sua resolução em relação ao autor, com a respectiva apuração de haveres, bem como as perdas e danos decorrente do abuso de direito praticado pelo réu, a ser apurado em regular liquidação de sentença;

Protesta pela juntada dos documentos em anexo assim como por todos os meios de prova em direito admitido, o depoimento pessoal do réu, das testemunhas que serão arroladas em momento oportuno, perícias e demais meios, sem exclusão de nenhum, a fim de comprovar as alegações de fato ora apresentadas em juízo. (fls. 23-24)

Examinados os autos, infere-se que o apelante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de *error in iudicando* na sentença apelada que julgou improcedentes os pedidos formulados na demanda subjacente.

Isto se explica porque, como é sabido, a lei civil estabelece que, para determinados fatos ou negócios jurídicos, não há ampla e irrestrita liberdade nos meios de prova admitidos para a sua comprovação, de modo que as normas definem de qual forma deverá a parte interessada provar o ato ou fato.

No que diz respeito à sociedade em comum ou sociedade empresária irregular ou de fato, a regra do art. 987 do Código Civil é bastante clara, ao dispor que “os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”.

Como se vê, o legislador não confere discricionariedade àquele que se afirma sócio de uma sociedade em comum para provar a alegação de existência desta por todos os meios de prova admitidos, mas somente um deles, qual seja, a prova documental ou o instrumento do negócio jurídico.

Logo, não há se cogitar o reconhecimento dessa modalidade societária por meio de presunções ou meros indícios de prova, como pretendem os recorrentes.

Consoante leciona Maria Helena Diniz, “nas questões entre sócios e entre eles e terceiros, tal sociedade só se provará por escrito (público ou particular), de modo que um sócio não poderá demandar contra o outro sem exhibir documento de constituição da sociedade (RF 141:299 e 11:450; RT 673:72, 190:303, 152:714 e 160:154; AJ, 74:289). [...] Logo, a caracterização de uma sociedade em comum nem sempre constituirá uma tarefa fácil” (*Código Civil Anotado*. 14.Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 680)

Em complemento, coloca-se o magistério extraído da doutrina de Cezar Peluso, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal:

Como consequência da ausência de registro, não há formação de pessoa jurídica, remanescendo apenas uma relação contratual capaz de vincular os sócios. Na qualidade de partes negociais, cada um dos sócios assume, para viabilizar a execução do ajuste de vontades, o dever de conjugar esforços e, ao final, partilhar os ônus e as benesses decorrentes do exercício de dada atividade, empresária ou não, trocando-se créditos e débitos, sem a intermediação de um ente imaterial, eis que, aqui, está despersonificada a sociedade. Em todo caso, para a resolução de litígios, foram estabelecidas duas regras atinentes à prova da consecução de uma sociedade em comum. Num primeiro plano, estabelece-se, para os próprios sócios, uma limitação bastante relevante quanto aos meios de prova disponíveis para demonstrar a celebração do contrato, só lhes sendo permitida a utilização da prova documental, elaborada em linguagem escrita, seja diante dos demais sócios, seja diante de terceiros. (*Código Civil comentado*. 10. Ed. Manole, Barueri, 2016, p.. 949)

Ao arremate, Arnaldo Wald ensina que “para fins de relações jurídicas entre os sócios, a prova somente poderá ser feita por escrito, através do contrato social não registrado ou mesmo de outros documentos escritos e correspondências, nos quais se constate a manifestação de vontade dos sócios na constituição do vínculo societário. É rejeitada, para tal efeito, a mera prova testemunhal ou qualquer outra prova não escrita, o mesmo acontecendo para os casos de litígio envolvendo uma pretensão destes sócios contra terceiros” (*Comentários ao Código Civil*. Volume XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92)

Nesse contexto, as teses suscitadas pelo apelante mostram-se absolutamente insubsistentes, sobretudo a alegação de que a prova testemunhal colhida durante a instrução não teria sido devidamente valorada, haja vista o fato de que a prova da sociedade em comum deve ser escrita, não se admitindo a demonstração por meio de oitiva de testemunhas.

A prova escrita da existência de uma sociedade comercial de fato deve evidenciar todos os requisitos inerentes à constituição de um ente moral exercente de atividade empresária, ou seja, a efetiva celebração de negócio jurídico pelo qual “as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981 do CC).

Especificamente no caso da sociedade em comum, a norma do art. 988 do Código Civil estabelece que “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”.

No presente caso, a discussão toda gira em torno da aquisição de uma embarcação nominada JAGUAR, registrada na Capitania dos Portos de Itajaí sob nº 443-0079617, de titularidade de Mário Costa, cujos pagamentos teriam sido realizados por ambas as partes.

Todavia, tal fato não é suficiente para considerar que autor e réu celebraram contrato de sociedade empresária em comum. Ao que parece, a questão mais se aproxima ao condomínio de único bem móvel supostamente formado a título de parceria comercial, que não se confunde uma sociedade empresária de fato.

De acordo com o art. 981 do Código Civil, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Já o art. 966 do Código Civil estabelece que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

No presente caso, da própria narrativa fática deduzida na petição inicial, é possível concluir que não estão presentes os elementos necessários para a configuração de uma sociedade empresária, uma vez que não está demonstrado ajuste contratual para o exercício profissional e organizado de uma atividade comercial.

Pelo contrário, o autor afirma tão somente a ocorrência da compra da embarcação e que, após isso, o réu, que é mestre armador de profissão de ofício, com o restante da tripulação (da qual o autor não integrava), “zarpou em quatro períodos distintos para alto mar, a saber: de 14/06/2014 a 04/07/2014; de 07/07/2014 a 18/07/2014; de 28/07/2014 a 14/08/2014 e por fim de 18/08/2014 a 25/08/2014, tendo como receita dos pescados nestes períodos, respectivamente: R\$34.949,00; R\$34.385,00; 119.755,52 e R\$14.319,00” (fl. 05).

Alegou, o demandante, que no retorno do réu, na última das datas acima, para Governador Celso Ramos, as partes teriam se desentendido e “decidiram realizar a resolução da sociedade” (fl. 06).

Como se vê, os fatos narrados na petição inicial não demonstram a existência de uma sociedade entre as partes, mas tão somente uma parceria efêmera e que não possui as características do contrato de sociedade empresária em comum.

Conforme ponderou o juiz de primeiro grau, “as alegações do Requerido evidenciam que havia, de fato, relação comercial de alguma espécie com o Requerente, apenas sem que se possa ter certeza exata da relação que se travou”.

Isso porque não basta a união de esforços para determinada atividade ou a aquisição de um bem conjuntamente, é necessária a formalização de um contrato entre as partes, pelas quais ajustam o exercício de atividade econômica de maneira profissional e organizada, com o propósito de partilhar lucros e prejuízos.

Aliás, no presente caso, sequer é possível constatar a proporcionalidade da suposta participação de cada sócio, a quantidade e distribuição de cotas subscritas, se tais cotas foram devidamente integralizadas, o objeto social da sociedade, a sede do estabelecimento, a quem cabe a administração da sociedade e outros aspectos inerentes à formação de uma sociedade empresária, uma vez que os fatos se resumem na aquisição de uma embarcação e a realização de quatro expedições de pesca, em curto lapso temporal.

Das alegações não decorre logicamente a conclusão de que existe um sociedade em comum, mas tão somente um contrato de parceria comercial e, possivelmente, um condomínio voluntário da embarcação comprada, cujos direitos devem ser debatidos em ação dominial própria, porquanto refoge aos limites objetivos da demanda proposta na origem.

Desse modo, como todos os pedidos formulados resultariam do fato principal alegado na demanda, isto é, do reconhecimento e dissolução de uma sociedade comercial de fato, contrato do qual não se tem documento escrito necessário à sua comprovação, como exigido pelo art. 987 do Código Civil, não há equívoco no julgamento de improcedência.

Diante deste contexto, e considerados esses fundamentos, mostra-se acertada a conclusão do juiz sentenciante de que o autor, ora apelante, não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos do direito afirmado na demanda subjacente – a existência de uma sociedade empresária de fato ou em comum, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De acordo com a doutrina de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira, fato constitutivo “é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui um determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. E como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência” (*Curso de direito processual civil*: v. 2, 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 77).

No mesmo sentido, como leciona com propriedade o renomado processualista Humberto Theodoro Júnior, “o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.” (*Curso de direito processual civil*, Volume I, 38ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 381).

À luz de todas essas considerações, mostrando-se acertada a sentença hostilizada pela via do recurso em apreciação, sua manutenção é medida que se impõe.

Uma vez que o recurso foi interposto na vigência do novel CPC, tem incidência o Enunciado Administrativo 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.”

Na hipótese, tendo sido negado provimento ao recurso ao apelante, com a manutenção da sentença, verificado trabalho adicional do advogado da autora nesta fase recursal, há de ser majorada a verba honorária sucumbencial, conforme exegese do art. 85, § 11º do CPC/15, e em observância ao critério de fixação dos honorários sucumbenciais já adotados na origem.

Este posicionamento pauta-se em interpretação dada pela Corte Superior à norma em destaque, segundo a qual:

[...] 5. 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 18.3.2016, 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. [...] (AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 19/10/2017) (destacou-se). “

Como no presente caso a magistrada *a quo* condenou a apelante ao pagamento de honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais), e em razão da derrota no recurso, majoro tal verba, para R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

Ante o exposto, manifesto-me pelo conhecimento e desprovimento do recurso, majorando a verba honorária sucumbencial nos termos da fundamentação supra.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4022259-48.2018.8.24.0000 e Embargos de Declaração n. 4022259-48.2018.8.24.0000/50000, de São José

Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO PELA AUTORA. INSURGÊNCIA DESTA.

ALEGAÇÃO DE QUE FAZ JUS À CONCESSÃO DA BENESSE. REQUERENTE QUE RECEBE PENSÃO DE VALOR SUPERIOR A 7 (SETE) SALÁRIOS MÍNIMOS. DESCONTOS E DESPESAS ALEGADAMENTE SUPOSTAS QUE NÃO COMPROMETEM SOBREMANEIRA OS RENDIMENTOS PERCEBIDOS. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE NÃO EVIDENCIADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. IMPOSITIVA MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. PREJUDICADOS, POR CONSEQUENTE, OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA A DECISÃO DE DENEGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4022259-48.2018.8.24.0000 e Embargos de Declaração n. 4022259-48.2018.8.24.0000/50000, da comarca de São José, em que é Agravante Maria Alair Candido e Agravado Banco Itaú BMG Consignado S.A.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo de instrumento e negar-lhe provimento; julgar prejudicados os embargos de declaração. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Guilherme Nunes Born e Luiz Zanelato.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador Mariano do Nascimento

Presidente Relator

RELATÓRIO

Maria Alair Cândido interpôs agravo de instrumento de decisão interlocutória proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de débito n. 0313107-07.2017.8.24.0064, por si ajuizada em face de Banco Itaú BMG Consignado S/A, na qual o magistrado de origem indeferiu o pedido de justiça gratuita formulado pela parte autora, determinando, por conseguinte, que promovesse o recolhimento das custas em 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento da petição inicial (p. 171/173 dos autos digitais de origem).

Inconformada, a agravante aduziu que faz jus a concessão do benefício da gratuidade da justiça,

eis que “*não obstante o fato de receber, a título de pensão, salário em torno de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), tem passado por dificuldades financeiras, visto que suas despesas fixas mensais são elevadas*” (p. 12). Ao final, requereu a antecipação dos efeitos da tutela recursal, assim como pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso (p. 1/16).

A decisão de p. 21/24 indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal.

Em face desse *decisum*, a parte agravante opôs embargos de declaração (p. 1/20 do incidente).

Sem contrarrazões, vieram-me conclusos os autos.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, de acordo com o Ato Regimental n. 84/07 em seu art. 5º, § 1º, o qual dispõe que “*é dispensado o preparo nos recursos em que o mérito verse acerca da concessão ou não da gratuidade, sem prejuízo de exigência posterior*”.

Passa-se, portanto, à análise do recurso.

Como é cediço, para a concessão da benesse da justiça gratuita é necessário que a parte não disponha de condições econômicas para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, conforme os ditames do art. 98 do Código de Processo Civil. Confira-se:

Art. 98. 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.

Nesse viés, é imperiosa a demonstração da escassez financeira por meio de documentos hábeis à valoração do magistrado.

No caso em tela, o juiz de origem indeferiu o benefício almejado pelo embargante, sob os seguintes fundamentos (p. 171/173 dos autos digitais de origem):

Todavia, tem-se que a(s) autora(s) não comprovou(aram) documentalmente impossibilidade de arcar com as despesas processuais, porquanto o comprovante de rendimentos (fl. 170) informa que percebeu líquido R\$ 3.973,96 (três mil novecentos e setenta e três reais e noventa e seis centavos), em valor superior a 3 vezes o salário mínimo, o que não permite o deferimento da benesse. [...].

Destarte, imperioso o INDEFERIMENTO do pedido de justiça Gratuita.

Compulsando-se os autos digitais de origem, vê-se que, visando comprovar a propalada condição de hipossuficiência financeira, a parte agravante apresentou em juízo os seguintes documentos: a) demonstrativo de recebimento de pensão (p. 154 e p. 170); b) atestado e receitas médicas (p. 155/157); e c) recibo de entrega da declaração de imposto de renda referente ao exercício de 2017 (p. 168/169).

Em sede recursal, a agravante juntou, ainda: a) faturas de contas de água e de ‘tv’ por assinatura

(p. 12/13 do incidente); b) comprovantes de despesas diversas (p. 14/15 e 17/19 do incidente); e c) fatura de cartão de crédito (p. 16 do incidente).

Nota-se, assim, que a recorrente aparentemente reside em imóvel próprio e percebe mensalmente, a título de pensão, a quantia de R\$ 7.727,73 (p. 170 dos autos de origem).

Ainda, conforme evidencia o recibo do Imposto de Renda por ela mesma apresentado à p. 168 dos autos de origem, recebeu, no ano de 2017, a cifra de R\$ 72.989,36.

Não obstante alguns descontos havidos em seu contracheque, em decorrência dos empréstimos consignados por si contraídos, percebe ainda a quantia líquida de R\$ 3.973,96, ou seja, montante superior a 3 (três) vezes o salário mínimo.

Nesse passo, os dados ofertados não denotam a fragilidade financeira alegada pela postulante, ao revés, conduzem à constatação de que, por ora, possui recursos suficientes para suportar as despesas processuais.

Com efeito, era ônus da requerente trazer aos autos elementos firmes que, de fato, pudessem dar azo ao direito guerreado, frente ao pedido de gratuidade judiciária. No entanto, repise-se, não juntou provas inequívocas de que é merecedora do benefício, não se desincumbido, assim, da obrigação que lhe competia.

Destarte, há de ser mantida a decisão que negou a gratuidade da justiça à embargante.

Em casos análogos ao presente, assim decidiu esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM HIPOSSUFICIÊNCIA. INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (AI n. 4028296-28.2017.8.24.0000, de Caçador, rel.: Des. Cláudio Barreto Dutra. J. em: 28-6-2018).

Mais:

Agravo de instrumento. Ação de revisão de contratos bancários. Pedido de justiça gratuita indeferido no primeiro grau. Declaração de hipossuficiência apresentada. Presunção *juris tantum* de veracidade, no entanto, afastada pelo conjunto probatório existente nos autos. Renda mensal líquida de valor expressivo. Despesas variadas que revelam alto padrão de vida. Benefício negado. Decisão mantida. Recurso desprovido (AI n. 2012.076590-7, da Capital, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. J. em: 10-10-2013).

Logo, sem maiores digressões, é de ser mantido o indeferimento da benesse.

Diante do exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento e nego-lhe provimento. Ficam prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que denegou a antecipação dos efeitos da tutela recursal, em razão da decisão definitiva proferida no agravo de instrumento.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0014388-87.2005.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

1 - APELAÇÃO CÍVEL DA EMPRESA RÉ.

1.1 – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO.

1.2 – MÉRITO. AFIRMAÇÃO DE QUE NÃO POSSUI RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATUAL SOBRE O DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE MERCADORIAS DA FORMA CONTRATADA. TESE DE QUE AGIU COMO MERO MANDATÁRIO, OU SEJA, AGENTE CONSOLIDADOR/DESCONSOLIDADOR DE CARGA. CONTUDO, PROVAS DOCUMENTAIS QUE DEMONSTRAM DE FORMA INCONTROVERSA QUE AS PARTES EFETUARAM TRANSAÇÃO PARA O TRANSPORTE DAS MERCADORIAS PARA O EXTERIOR. EMPRESA RÉ/CONTRATADA QUE POSSUI COMO OBJETO SOCIAL O AGENCIAMENTO DE CARGAS AÉREAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS E SERVIÇOS DE TRANSPORTES DE CARGAS MARÍTIMAS E AÉREAS INTERNACIONAIS (IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO). EMPRESA QUE ATUOU EFETIVAMENTE COMO AGENTE DE CARGA, ASSUMINDO, NO CASO CONCRETO, RESPONSABILIDADE DE RESULTADO. SUBCONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO QUE NÃO EXIME A EMPRESA AGENTE DE CARGA/APELANTE NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE ASSUMIDA. CONHECIMENTO DE EMBARQUE NO QUAL A EMPRESA TRANSPORTADORA/SUBCONTRATADA FAZ RESSALVA EXPRESSA NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE DA EMBARCADORA/RÉ. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONTRATAÇÃO DE CLÁUSULA “CONSIGNEE’S”, OU SEJA, DE QUE AS MERCADORIAS DEVERIAM TER SIDO ENTREGUES À ADQUIRENTE MEDIANTE PAGAMENTO À VISTA, COM CONTRA-APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. ÚNICA GARANTIA DE EFETIVO PAGAMENTO PARA A AUTORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. TODAVIA, INEFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS ATRELADOS AO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DEVER DE INDENIZAR. PARTE AUTORA QUE NÃO PODE SER COMPELIDA A PRODUZIR PROVA NEGATIVA DO PAGAMENTO PELA ADQUIRENTE INTERNACIONAL. ADEMAIS, DIREITO DE REGRESSO ASSEGURADO AO AGENTE DE CARGAS CONTRA A COMPANHIA AÉREA TRANSPORTADORA/SUBCONTRATADA. SENTENÇA MANTIDA. PRELIMINAR RECHAÇADA JUNTAMENTE COM O MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO NO TOCANTE.

1.3 – NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROVA DO INADIMPLEMENTO E AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES EXATOS DAS MERCADORIAS. MATÉRIAS RECURSAIS NÃO SUBMETIDAS AO JUÍZO “A QUO”. INOVAÇÃO RECURSAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 264 E 303 DO CPC/1973. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

“É caracterizada a inovação recursal quando alegada matéria não submetida ao juízo *a quo*, hipótese em que fica

obstado seu exame pelo órgão *ad quem*”. (Apelação Cível n. 2009.063777-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 23-7-2013).

2 - RECURSO ADESIVO DA EMPRESA AUTORA.

2.1 – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NÃO FOI CUMPRIDA DA FORMA CONTRATADA. ENTREGA DAS MERCADORIAS SEM A NECESSÁRIA CONTRA-PRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DEVIDAMENTE ENDOSSADOS PELO CONSIGNATÁRIO. FALHA NA PRESTAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR AS MERCADORIAS EMBARCADAS E TRANSPORTADAS, CONSTANTES DO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE ANEXADO AOS AUTOS. OBSERVÂNCIA DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E MONTREAL. INDENIZAÇÃO TARIFADA POR PESO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE DO STF EM RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 636.331/RJ - TEMA 210/STF). PRECEDENTE DO STJ QUE APLICA O ENTENDIMENTO (AG 827.374/MG). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DECLARAÇÃO ESPECIAL E PAGAMENTO SUPLEMENTAR. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“[...] Por um lado, o art. 1º, alínea 1, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) elucida que esse diploma se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Por outro lado, o Plenário do STF, em precedente julgado sob o rito da repercussão geral, RE 636.331, perfilhou o entendimento de que há uma regra de sobredireito constitucional a impor a prevalência do Diploma transnacional, pois, nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. [...]” (REsp 1.341.364/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 19-4-2018).

2.2 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS PELO JUÍZO *A QUO* EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO PARA O MÍNIMO DE 20% (VINTE POR CENTO). ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. CONTUDO, FIXAÇÃO EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO, EM OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO ART. 85 DO CPC/2015. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, NO PONTO.

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL DA RÉ PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO.

RECURSO ADESIVO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0014388-87.2005.8.24.0033, da comarca de Itajaí - 2ª Vara Cível em que é Apelante Delta Cargo Ltda. e Apelado D & A Comércio Serviços Importação Exportação Ltda. ME.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente o recurso de apelação interposto pela empresa ré, e nesta parte, negar-lhe provimento, e, por outro lado, conhecer e dar parcial provimento ao recurso adesivo da parte autora, para majorar os honorários advocatícios ao patrono da autora, para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação. 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, 11 de dezembro de 2018.

Desembargador Dinart Francisco Machado

Relator

RELATÓRIO

A ré Delta Cargo Ltda. interpôs recurso de apelação cível, contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de indenização n. 033.05.014388-6 ajuizada por D & A Comércio Serviços Importação Exportação Ltda. ME, cuja parte dispositiva foi redigida nos seguintes termos (fls. 167-180):

ANTE O EXPOSTO, rejeito as preliminares suscitadas pela demandada, e, quanto ao mérito, com fundamentos no art. 269, I, do CPC, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE**, os pedidos da presente ação, em consequência:

Condeno a demanda ao pagamento de indenização a parte autora, esta fixada em 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma de mercadoria embarcada, devendo referido valor ser corrigido monetariamente desde o evento, ou seja, da entrega indevida da mercadoria e com incidência de juros de mora à razão de 1% ao mês a contar da citação. O montante deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Condeno a demandada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor do débito, atualizado, o que faço com fulcro no art. 20, § 3º c/c suas alíneas, todos do CPC. Tendo em vista que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, não há que se falar em sucumbência recíproca.

Sustentou em suas razões, preliminarmente: sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, suscitou, em síntese: que não pode ser responsabilizada civilmente, uma vez que sequer participou do transporte aéreo, agindo tão somente como agente consolidador/desconsolidador de cargas; que não há instrução para liberação da carga na condição “consignne’s” que deveria ter sido procedida pela transportadora aérea Continental Airlines Cargo Inc. e uma vez pago os fretes e estando em conformidade o desembarço aduaneiro, a mercadoria deve ser liberada, como ocorreu na hipótese; que a autora/apelada deve ser intimada para comprovar o atual inadimplemento, sob pena de enriquecimento ilícito; que a autora não discriminou os valores exatos das mercadorias, sendo que deveria ter demonstrado de forma específica o valor de cada caixa enviada e seu conteúdo. Pleiteou pela reforma da sentença e consequente inversão dos ônus sucumbenciais (fls. 187-215).

Às fls. 224-234, foram apresentadas contrarrazões.

Por sua vez, a empresa autora apresentou recurso adesivo, aduzindo, em resumo: que deve ser reformada a sentença, a fim de que seja fixada a “indenização no valor de R\$ 160.171,62, ao invés de 17 DES por quilograma de mercadoria embarcada” (fl. 241) e, que as mercadorias estavam devidamente discriminadas, devendo o valor total destas, ser considerado como parâmetro da indenização. Formulou, ainda, pedido de majoração dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre a condenação.

Após as contrarrazões (fls. 252-256), os autos foram redistribuídos a esta Câmara (fls. 269-274).

Às fls. 280-292 foi proferido acórdão, de minha relatoria, que deixou de conhecer do recurso de apelação cível e julgou prejudicado o recurso adesivo. O *decisum* foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE TRANSPORTE AÉREO DE CARGA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1 – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, RESPONSABILIDADE CIVIL E INDEVIDA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA “CONSIGNNE’S”. TESES RECURSAIS QUE NÃO PASSAM DE MERA REPRODUÇÃO DA CONTESTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 514, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“[...] Sob pena de não ver conhecido o recurso, deve a parte apelante observar o disposto no inciso II do art. 514 do CPC, expondo com objetividade os motivos de seu inconformismo, demonstrando as razões de fato e de direito indicadoras dos vícios da sentença que justificam a reforma pretendida. Destarte, não há possibilidade de se conhecer de apelação cujas razões são simplesmente uma cópia da contestação, pois falta-lhe a essencial dialeticidade”. (Apelação Cível n. 2007.040167-4, Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 18-12-09). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.077459-4, de Lages, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 8-5-2012)

2 – ALEGAÇÃO NO APELO DA NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROVA DO INADIMPLEMENTO E AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES EXATOS DAS MERCADORIAS. MATÉRIAS RECURSAIS NÃO SUBMETIDAS AO JUÍZO “A QUO”. INOVAÇÃO RECURSAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 264 E 303 DO CPC.

“É caracterizada a inovação recursal quando alegada matéria não submetida ao juízo *a quo*, hipótese em que fica obstado seu exame pelo órgão *ad quem*”. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.063777-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Robson Luz Varela, j. 23-7-2013).

RECURSO NÃO CONHECIDO. PREJUDICADA A ANÁLISE DO APELO ADESIVO. (Apelação Cível n. 2011.036150-0, de Itajaí, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 3-9-2013).

Ato contínuo, a empresa ré/apelante interpôs recurso especial (fls. 295-310).

Apresentadas contrarrazões ao recurso especial (fls. 331-337), este foi admitido (fls. 340-341), porquanto demonstrada a existência de divergência jurisprudencial.

Às fls. 351-352 aportou aos autos a decisão que deu provimento ao recurso especial, determinando a devolução dos autos a esta Corte de Justiça para novo julgamento.

VOTO

Cuida-se de apelação cível contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por D & A Comércio Serviços Importação Exportação Ltda. ME nos autos da ação de indenização n. 033.05.014388-6 ajuizada em desfavor de Delta Cargo Ltda.

Na petição inicial a autora alegou, em síntese: que contratou os serviços da ré, para transporte de 2.557 caixas contendo artigos de confecção, no valor total de USD 57.894,75, equivalente à época, a R\$ 160.171,62; que a mercadoria seria retirada pela empresa Happy Kids Inc., mediante a cláusula “consignne’s”, ou seja, mediante a apresentação dos documentos de exportação, devidamente endossados pelo Banco City Group, como forma de garantia do pagamento do preço negociado em

relação às mercadorias; que, no entanto, a ré entregou as mercadorias sem observar a cláusula contratual antes mencionada; que a condição “consignne’s”, constante das notas de serviço de transporte aéreo (AWB – Air Way Bill) ns. 005-2129-9143 e 005-2130-8512, quer dizer que a retirada da mercadoria, pelo destinatário, condiciona-se à apresentação dos documentos de exportação endossados pela instituição financeira referida, no caso o Banco City Group e que o descumprimento dessa cláusula, gerou danos materiais à empresa autora, na ordem de R\$ 160.171,62, que deverão ser atualizados desde 24-11-2004 (data limite para a entrega da mercadoria).

Em contestação, a ré alegou resumidamente: preliminarmente, a inépcia da inicial ante a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (ausência de tradução juramentada dos documentos acostados aos autos) e, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pela ausência de possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, pois atuou como “agente consolidador/desconsolidador de carga”. Já no mérito, asseverou que não pode ser responsabilizada civilmente pelos danos causados, uma vez que decorreram de ato ou omissão da empresa que realizou o transporte aéreo, qual seja, Continental Airlines Cargo, que entregou as mercadorias em 3-12-2004 (AWB 005-2130-8512) e em 29-11-2004 (AWB 005-2129-9143); que intermediou a transação de transporte aéreo internacional, resumindo sua atuação à representação comercial; que não é aplicável ao caso a cláusula “consignne’s”, sendo que as instruções formalizadas pela autora foram cumpridas, até mesmo porque não houve informação de que os documentos deveriam ser consignados à instituição bancária, e que não detém poderes para reter mercadorias transportadas e tampouco documentos, posto que a relação negocial diz respeito, exclusivamente, às partes exportadora e importadora.

Às fls. 167-180, foi proferida sentença, nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, rejeito as preliminares suscitadas pela demandada, e, quanto ao mérito, com fundamentos no art. 269, I, do CPC, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE**, os pedidos da presente ação, em consequência:

Condeno a demanda ao pagamento de indenização a parte autora, esta fixada em 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma de mercadoria embarcada, devendo referido valor ser corrigido monetariamente desde o evento, ou seja, da entrega indevida da mercadoria e com incidência de juros de mora à razão de 1% ao mês a contar da citação. O montante deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Condeno a demandada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor do débito, atualizado, o que faço com fulcro no art. 20, § 3º c/c suas alíneas, todos do CPC. Tendo em vista que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, não há que se falar em sucumbência recíproca.

Feito esse breve esboço do processo na origem, passo à análise dos recursos de apelação e adesivo interpostos pelas partes.

I Do apelo da ré Delta Cargo Ltda.

1.1 Da preliminar de ilegitimidade passiva

Alega a empresa ré sua ilegitimidade passiva *ad causam* sob o fundamento de que não foi quem, efetivamente, realizou o transporte aéreo das mercadorias, tendo atuado apenas como representante e

agente consolidador/desconsolidador da empresa Continental Airlines Cargo Inc. (mero mandatário)

Prossegue, afirmando que sua atuação se resume à representação comercial por conta e ordem do consignatário do conhecimento de transporte e que jamais fez parte da relação de transporte aéreo, de modo que não pode ser responsabilizado por quaisquer danos causados.

A preliminar ora aventada confunde-se com o mérito e desse modo será tratada e apreciada no tópico abaixo.

1.2 Do mérito

Da responsabilidade civil e contratual e da ilegitimidade da cláusula “consignee’s”

Além das teses acerca da impossibilidade de responsabilização civil pelos prejuízos sofridos pela empresa autora, a ré/apelante deduziu que de igual maneira não possui responsabilidade contratual na hipótese, uma vez que não é transportadora, mas, sim, uma agência de cargas que não executa, nem responde pelo contrato de transporte, e muito menos pelas obrigações ou penalidades imponíveis ao transportador aéreo, principalmente quando não participa das conclusões das cláusulas contratuais de transporte.

Pois bem.

Da análise dos autos, mormente pelos documentos traduzidos às fls. 16-25 e 108-119, por tradutora pública e intérprete comercial juramentada, constata-se que entre as partes realmente foi entabulada transação comercial de transporte aéreo internacional de mercadorias – exportação de 2.557 caixas contendo artigos de confecção destinadas para os EUA.

Diversamente do que argumentou a empresa ré/apelante, esta faz, sim, parte da relação comercial firmada em 17-11-2004, na qual consta como banco consignatário Cit Group/Commercial Services (Ásia) Ltda. (fl. 16).

Desse modo, não procedem suas alegações de que inexistia no contrato qualquer referência e/ou informação de que os documentos deveriam ser consignados à instituição bancária.

No aludido documento consta expressamente que as mercadorias teriam como aeroporto de partida, o endereço da empresa autora/apelada, qual seja, “Rua General Osório, 880, sala 04, Cep 89041-000, Blumenau/SC, Brasil”; rota solicitada: Guarulhos, Brasil – GRU/EWR/JFK; e que seriam enviadas para: EWR; Rota e destino: pela primeira transportadora, qual seja, a ré/apelante Delta Cargo, para o aeroporto de destino: Nova Iorque.

O conhecimento de transporte aéreo não negociável foi emitido pela Continental Airlines Cargo, tendo ficado pactuado que:

[...] as mercadorias aqui descritas são aceitas em aparente bom estado e condição [...] para transporte. SUJEITAS ÀS CONDIÇÕES CONTRATUAIS NO VERSO DO PRESENTE, TODAS AS MERCADORIAS PODEM SER TRANSPORTADAS POR QUALQUER OUTRO MEIO, INCLUSIVE RODOVIÁRIO OU QUALQUER OUTRA TRANSPORTADORA, SALVO SE INSTRUÇÕES CONTRÁRIAS ESPECÍFICAS FOREM DADAS NO PRESENTE PELA EMBARCADORA, E A EMBARCADORA CONCORDA QUE

O EMBARQUE POSSA SER REALIZADO ATRAVÉS DE LOCAIS DE PARADA INTERMEDIÁRIOS QUE A TRANSPORTADORA CONSIDERE ADEQUADOS. **CHAMAMOS A ATENÇÃO DA EMBARCADORA PARA O AVISO RELATIVO À LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA.** A embarcadora poderá aumentar tal limitação de responsabilidade, declarando um valor mais alto para transporte e pagando uma taxa adicional, caso exigido.

[...]

Informações de manuseio: 1772 caixas (grifei).

Segundo se evidencia do contrato devidamente traduzido, as mercadorias foram devidamente relacionadas e descritas com relação à natureza, quantidade e peso (fls. 18-25).

De igual modo a ré/apelante, juntamente com a autora/apelada, declarou que “as mercadorias acondicionadas e carregadas neste meio de transporte foram totalmente relacionadas/declaradas e contém somente as mercadorias descritas na documentação de exportação. [...] o embarque e acondicionamento dessas mercadorias foi supervisionado.

[...]

Exportador: D & A Comércio Serviços Importação Exportação Ltda.

[...]

Comprador/Requerente: Happy Kids Inc/Talk of the Town [...].

Condições de pagamento: À vista, contra apresentação de documentos (fl. 22, grifei).

Ora, diante dos termos da negociação acima referida, caem por terra os argumentos da ré/apelante, no sentido de que não possui responsabilidade civil e contratual no caso em tela, porquanto é parte da contratação. Além disso, a prova documental carreada diverge das afirmações de que as mercadorias não foram devidamente pormenorizadas, não constam informações de que o pagamento seria mediante apresentação de documentos junto ao destinatário/comprador e bem assim, de que não há referência à qualquer instituição financeira consignatária.

Argumenta a empresa apelante que agiu exclusivamente como mera mandatária, ou seja, que não possui responsabilidade pois agiu como agente consolidador/desconsolidador da carga.

Não obstante, conforme bem ressaltou o Magistrado sentenciante à fls. 173:

Analisando a cláusula III, da nona alteração contratual (fls. 103/107) da empresa demandada, observa-se que o objetivo social da mesma é o “*agenciamento de cargas rodoviária, marítima e aérea nacionais e internacionais, serviços de transportes de cargas marítimas e aéreas internacionais (importação e exportação)*”.

E prosseguiu o juízo *a quo*, com muita propriedade, ao tratar da matéria controvertida neste processo, tocante ao transporte aéreo internacional, cujos fundamentos adoto como razão de decidir (fl. 174):

Primeiramente, importante trazer à baila alguns conceitos acerca da presente matéria que servirão para elucidar o caso.

No site da Anac (www.anac.gov.br), acesso em 26/05/2010) encontramos a Instrução de Aviação Civil IAC 153-1003 que traz as normas para a padronização do conhecimento aéreo nacional.

Da referida instrução extrai-se os seguintes conceitos:

“Transportador – empresa aérea nacional que executa, utilizando-se de aeronave própria ou que explora, serviço de transporte doméstico de carga”.

“Agente de Carga Aérea – Agente de Carga, a pessoa jurídica, devidamente autorizada pela Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC) que, na qualidade de agência de carga aérea atuará na contratação de transporte aéreo, porquanto, responsabiliza-se perante o exportador e o importador pela perfeita execução do serviço de transporte que foi contratado”.

“Agente Consolidador – agente de carga expedidor que, reunindo em um mesmo despacho cargas separadas, se encarrega de tratar do embarque das mercadorias, vistoria dos produtos, desembarços alfandegários, programação de embarque, preparação de documentos de embarque e sua legalização, arquitetando o transporte e o engajamento de espaço em aeronave”.

“Agente Desconsolidador – agente de carga destinatário de despacho consolidado que se encarrega do reembarque ou entrega das mercadorias aos respectivos destinatários, preparação de documentos de reembarque e sua legalização”.

“AWB (Airway Bill): conhecimento aéreo que cobre uma determinada mercadoria, embarcada individualmente numa aeronave, sendo emitido diretamente pela empresa aérea para o exportador” (grifos na origem).

Consoante se vislumbra no contrato social da empresa apelante ela de fato atua como agenciadora de cargas rodoviária, marítima e aérea nacionais e internacionais, serviços de transportes de cargas marítimas e aéreas internacionais (importação e exportação), ou seja, em atividade autorizada pela Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), na qualidade de agência de carga aérea que **atuará na contratação de transporte aéreo, responsabilizando-se perante o exportador e o importador pela perfeita execução do serviço de transporte que foi contratado.**

Desse modo, a empresa ré foi quem assumiu a responsabilidade para transportar a carga. O serviço de transporte aéreo foi contratado e viabilizado pela mesma, de modo que ela tinha o dever de transportar a carga, não interessando para a consumidora, ora apelada, qual seria a transportadora aérea contratada.

Com efeito, ainda que o transporte, efetivamente, não tenha sido executado pela empresa apelante, já que sua participação foi de forma a intermediar o serviço de transporte aéreo internacional, tal como previsto em seu objeto social de atuação, como agente de carga internacional, ainda assim, subsiste sua responsabilidade civil e contratual.

É que se trata de responsabilidade objetiva, nos moldes do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie, que dispõe:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A demandada assumiu o compromisso de zelar pela mercadoria, portanto sua responsabilidade é objetiva, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Nestes termos, destaca-se novo trecho da sentença recorrida (fls. 174-175):

Em sua obra Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 4, p. 420/421, Maria Helena Diniz leciona sobre os direitos e deveres dos consignatários e/ou destinatários de carga.

Segundo a renomada jurista, são direitos do consignatário ou destinatário, entre outros, “receber a mercadoria, entregando ao transportador o conhecimento endossado de carga” (CC, art. 754, 1º parte).

Entre os deveres consta “entregar o conhecimento ao transportador, sem o que não poderá retirar a mercadoria (Regulamento de Transportes, art. 20; CC, art. 754, 1º parte) (...)”. (grifei)

Resta claro, que ao retirar a mercadoria nos EUA, o destinatário/consignatário da mesma deveria ter apresentado ao transportador, o referido documento devidamente endossado, sob pena de não retirar a carga.

Contudo, não foi o que aconteceu no caso em tela.

Maria Helena Diniz traz, ainda, os deveres do transportador (p. 415), entre eles:

“*a) receber, transportar e entregar as mercadorias no tempo e no lugar convencionados (CC, art. 749, 2ª alínea).*”

“*b) transportar as mercadorias com diligência, ante o fato de sua obrigação ser de resultado, tomando todas as providências ou cautelas necessárias para que não se deteriore, sob pena de responder por qualquer dano que vierem a sofrer enquanto estiverem sob seus cuidados, exceto se resultante de vício intrínseco da coisa, caso fortuito ou força maior.*”

“*c) expedir o conhecimento do frete ou de carga, contendo todos os requisitos exigidos por lei.*”

“*d) assumir a responsabilidade pelas perdas, furtos ou avarias nas mercadorias transportadas, exceto se oriundas de vício próprio, força maior ou caso fortuito. Deverá pagar, em caso de perda ou furto indenização equivalente ao preço da mercadoria, contido no conhecimento de frete, no tempo e no lugar em que deveria ser entregue. Sua responsabilidade civil objetiva, limitada ao valor constante do conhecimento, começara a fluir a partir do momento em que o transportador ou preposto receber as mercadorias, terminando com sua entrega ao destinatário ou seu depósito em juízo, se aquele não for encontrado, evitando assim a mora.*”

“*e) não se eximir da responsabilidade de entregar as mercadorias que lhe foram confiadas, mesmo que haja cláusula de não-responsabilidade*” (grifei).

Acabamos de ver sobre os deveres do transportador. Todavia, a empresa demandada não é uma transportadora, mas sim, uma agência de cargas.

Porém, a sua condição de agente não a exime da responsabilidade de zelar pela perfeita execução do contrato de transporte aéreo, eis que a mesma detém os mesmos deveres que o transportador.

Em relação a tal assunto, extrai-se novamente da obra da Maria Helena Diniz:

“*Obrigações da agência de carga. Deveras será permitida a angariação de carga por intermédio de agência devidamente credenciada pelo Departamento de Aviação Civil. As agências de cargas têm as mesmas responsabilidades do transportador, no tocante à carga sob sua guarda e vigilância, não podendo, no entanto, prevalecer-se do limite de responsabilidade previsto no código Brasileiro de Aeronáutica. A responsabilidade a cargo da agência compreende os seguintes períodos:*”

“*a) da entrega da carga pelo expedidor até o seu recebimento pelo transportador;*”

“*b) do recebimento da carga entregue pelo transportador até a sua entrega ao destinatário, no ponto de destino (Portaria GM5 n. 957/89, arts. 48 e 49).*”

“(…)

“Permitir-se-á às agências devidamente credenciadas a consolidação da carga aérea, de acordo com os contratos que celebrarem com as empresas transportadoras e na conformidade das instruções baixadas pelo diretor-geral do Departamento de Aviação Civil. O agente consolidador ou desconsolidador será civilmente responsável perante o transportador e responde, da mesma forma que este, perante o expedidor e/ou destinatário da carga (Portaria GM5 n. 957/89, arts. 50 a 52). (grifei) (grifos no original)

Segundo se infere dos documentos de fls. 9-25, a empresa apelante se incumbiu de entregar as mercadorias mediante transporte aéreo internacional, com a condição expressa de que o pagamento se daria à vista, com a devida apresentação de documentos endossados pela instituição financeira de cobrança consignada Cit Group/Commercial Services (Asia) LTD., a denominada “cláusula consignee’s”.

Assim, deve-se levar em conta que no negócio entabulado, a empresa ré figurou expressamente como consignatária (consignee) de conhecimento de embarque, emitido pela empresa que de fato realizou o transporte, qual seja, Continental Airlines Cargo, a qual declarou, sem deixar margem para dúvidas, que: “[...] CHAMAMOS A ATENÇÃO DA EMBARCADORA PARA O AVISO RELATIVO À LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA” (conforme documento original).

Destarte, o fato de o agente de cargas constar como embarcador no conhecimento de embarque/transporte aéreo, faz com que este seja incluído no conceito de contratante do transporte e, por conseguinte, responsável por todas as obrigações inerentes ao contrato de transporte, ou dele decorrentes.

É consabido que nem sempre o agente desconsolidador de carga atua como mero mandatário, tal como pretende a ré seja considerada no caso em tela. Essa realidade não é absoluta e, portanto, deve ser sopesada e interpretada sistematicamente com as provas materiais constantes nos autos, as quais demonstram que agenciou a carga e assumiu responsabilidade pela entrega das mercadorias na forma da avença firmada.

Acrescenta-se, por oportuno, que é dever contratual da agenciadora de cargas e, portanto, risco inerente à atividade desenvolvida, de coordenar e de controlar as operações de transporte das mercadorias, pelos clientes consumidores de seus serviços, além de zelar para que os produtos sejam embarcados, transportados, desembarcados e entregues ao adquirente ou consignatário, sem qualquer avaria, obrigando-se a tomar todas as providências e cautelas necessárias a fim de que o contrato de transporte atinja o seu fim, qual seja, de que a mercadoria transportada seja entregue incólume no destino e nos moldes contratados.

Trata-se de uma obrigação de resultado e de garantia de bom êxito do contrato.

Reitere-se, não bastasse a obrigação de resultado assumida pela apelante, a relação jurídica de direito material havida entre ela e a empresa autora (dona da carga) tem natureza de consumo, posto que esta foi destinatária final dos serviços de agenciamento contratados, incidindo, pois, as normas do CDC, mormente a responsabilidade civil objetiva pelos danos sofridos em decorrência da ineficiência

dos serviços prestados pela apelante e a responsabilidade solidária de todos os agentes inseridos na cadeia de fornecimento dos serviços de transporte de carga, nos termos dos arts. 7º, parágrafo único, 14 e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/1990, *in verbis*:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

A propósito, colhe-se do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL Transporte aéreo internacional de carga Extravio de mercadoria Indenização paga à dona da carga segurada Ação ordinária regressiva de ressarcimento **Legitimidade ad causam passiva do agente de carga Obrigação de resultado e de garantia de bom êxito do contrato de transporte de mercadoria assumida pela empresa agenciadora de cargas - Relação de consumo caracterizada Responsabilidade civil objetiva pela ineficiência do serviço prestado e solidária entre todos os integrantes da cadeia de fornecimento dos serviços atrelados ao contrato de transporte Direito de regresso assegurado ao agente de cargas contra a companhia aérea transportadora** - Procedência Ratificação dos fundamentos do decisum hostilizado Aplicação do art. 252 do RITJSP/2009 Recurso não provido. (Apelação Cível n. 9154270822007826/SP 9154270-82.2007.8.26.0000, Relator: Correia Lima, Data de Julgamento: 24-10-2011, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28-10-2011).

INDENIZAÇÃO Contrato de transporte aéreo Mercadoria extraviada Alegação da ré de que agiu como agente Consolidador/Desconsolidador da carga, apresentando a melhor tarifa para embarque Responsabilidade da ré objetiva Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor Responsabilidade do agenciador da carga solidária com a da empresa que, de fato, transportou a mercadoria Precedentes do STJ Preliminar de ilegitimidade passiva afastada Sentença reformada Ação procedente Recurso provido. (TJSP. Apelação 9128676-03.2006.8.26.0000; Relator (a): Plínio Novaes de Andrade Júnior; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª VC; Data do Julgamento: 13-10-2011; Data de Registro: 21-10-2011, grifei).

Desse modo, não há dúvidas acerca da responsabilidade civil e contratual da apelante em relação à obrigação de resultado - transporte aéreo de mercadorias - contratada pela empresa autora/apelada.

Todavia, nada impede que a empresa demandada, pela via de regresso, busque da companhia

aérea responsável pelo transporte da carga Continental Airlines Cargo Inc. que não foi entregue de acordo com a contratação (ou seja, sem exigência dos documentos como contraprestação pela empresa adquirente), a indenização pelo prejuízo sofrido com o ressarcimento à empresa autora do valor atinente às mercadorias transportadas constantes no documento de fls. 39-47.

Por derradeiro, cabia à apelante, caso quisesse se eximir de responsabilidade pela falha na prestação do serviços de entrega das mercadorias pela transportadora final, a prova da existência de cláusula excludente ou limitativa de responsabilidade, mediante a juntada de documento neste sentido (art. 373, II, do CPC/2015), ou mesmo, deveria ter comprovado a efetiva entrega das mercadorias para a empresa adquirente mediante apresentação dos documentos endossados pelo banco consignatário City Group, que seria a única garantia de pagamento. Contudo, desse ônus não se desincumbiu, razão pela qual deve ressarcir a empresa autora pelos prejuízos sofridos.

Deste modo, verificando que as razões da apelação não trazem nenhum elemento novo capaz de alterar a realidade dos autos, mas somente repisam questões já minuciosa e consistentemente enfrentadas pela decisão de primeiro grau (fls. 167-180), deve-se negar provimento ao recurso neste tocante, ratificando-se os termos da sentença vergastada.

2.2 Da apresentação de prova do inadimplemento e da falta de descrição dos valores exatos das mercadorias

Aduz a ré que, “não obstante o fato de versar a questão de matéria unicamente de direito e de fato, sem necessidade de produção de outras provas que não aquelas colacionadas nos autos, não há nada que obste” a intimação da apelada “para que faça prova efetiva do atual inadimplemento da obrigação por parte da destinatária final”. (fl. 212)

Argumenta, ainda, que a propositura da demanda ocorreu há mais de 5 (cinco) anos e que já decorreu tempo suficiente para que a destinatária final das mercadorias se manifestasse, mesmo que de forma contrária ao adimplemento da obrigação, sendo esta, prova que se faz necessária à comprovação do direito da apelada, com base no art. 333, I, do CPC, sob pena de enriquecimento ilícito.

Além disso, assevera que a apelada não trouxe aos autos a discriminação do valor das mercadorias transportadas, indicando somente o total das mesmas, o que torna impossível se definir com precisão, o valor da condenação, tornando-se sem efeito a sentença proferida (fls. 213-214).

Com efeito, conforme destacou a autora/apelada, em suas contrarrazões, o apelo, nestes pontos, não merece ser conhecido, pois incidiu em inovação recursal (fls. 231-234).

Embora a sentença tenha utilizado o argumento de que a ausência de discriminação do valor das mercadorias influencia na definição do *quantum* indenizatório, tal tese não foi levantada na contestação.

Não bastasse, em momento algum a ré pleiteou, em resposta, a necessidade de juntada pela autora, de documentos comprobatórios da inadimplência, até mesmo porque a prova capaz de modificar ou extinguir o direito da apelada, deveria ter sido produzida pela própria empresa apelante.

Assim, tratando-se de evidente inovação recursal, a qual não é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, em respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório, conforme os ditames dos arts. 336 e 1.014, do CPC/2015, os quais se transcreve:

Art. 300. 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.

[...]

Art. 1.014. As questões de fato, não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Com efeito, a exordial e o oferecimento de resposta pelo requerido fixam os limites e as matérias da lide, não podendo, posteriormente, serem ampliadas, salvo se questão de fato não proposta no juízo *a quo* por motivo de força maior, ou se questão de ordem pública, cognoscível *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição, o que não é a hipótese dos autos.

Sobre o assunto, é escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Princípio da Eventualidade. Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois na eventualidade de o juiz não acolher uma delas passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido preclusão consumativa, estando impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação, salvo o disposto no CPC 303. A oportunidade, o evento processual para que ele possa se defender é a contestação (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 592).

E, mais adiante, asseveram:

2. Proibição de inovar. 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).

[...]

4. Questões atingidas pela regra. O sistema de proibição de inovar incide sobre as questões de fato dispositivas, sobre as quais o juiz não pode pronunciar-se *ex officio*, levantadas pela primeira vez no recurso de apelação por quem já era parte no processo (*ibid.*, p. 898).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. SUBSCRIÇÕES DE AÇÕES TELESC S/A (BRASIL TELECOM). CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. ADMISSIBILIDADE RECURSAL DO RECURSO DA RÉ. TESE RECURSAL QUANTO AO CÁLCULO DAS PERDAS E DANOS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA CONTESTAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE SEU CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL. EXEGESE DO ARTS. 300 E 517 DO CPC. O tribunal conhece, por força do efeito devolutivo do apelo, da matéria suscitada e debatida no primeiro grau, sendo vedada a apreciação de questões apresentadas somente nas razões do recurso. [...] (Apelação Cível n. 2012.082018-6, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 25-7-2013).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DECRETO-LEI N. 911/69 - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO DO RÉU. [...] **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ABUSIVIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL E DE JUROS MORATÓRIOS - VEDAÇÃO**

DA INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO - MATÉRIAS RECURSAIS NÃO SUBMETIDAS AO JUÍZO A QUO - INOVAÇÃO RECURSAL - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 264 E 303 DO CPC. É caracterizada a inovação recursal quando alegada matéria não submetida ao juízo a quo, hipótese em que fica obstado seu exame pelo órgão *ad quem*. (Apelação Cível n. 2009.063777-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 23-7-2013, grifei).

Dessa forma, como o tema injustificadamente não foi abordado na contestação, exsurge manifesta a inovação recursal, razão pela qual o reclamo não pode ser conhecido, também nesses aspectos.

Assim, deixo de conhecer do recurso de apelação neste ponto.

II Do recurso adesivo

2.1 Do *quantum indenizatório*

Requer a empresa autora, em sede de recurso adesivo, a reforma da sentença, a fim de que seja fixada a “indenização no valor de R\$ 160.171,62, ao invés de 17 DES por quilograma de mercadoria embarcada” (fl. 241) e, que as mercadorias estavam devidamente pormenorizadas, devendo o valor total destas, ser considerado como parâmetro da indenização. Formulou, ainda, pedido de majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre a condenação.

Consoante evidenciado nos fundamentos esposados no tópico acima, referente ao recurso de apelação, existe na hipótese a responsabilidade civil objetiva da empresa ré/recorrida adesiva, sendo aplicáveis as regras consumeristas ao caso em espeque.

O juízo *a quo* entendeu que:

A responsabilidade do agente, assim como do transportador, está limitada ao valor da mercadoria constante no conhecimento de transporte aéreo.

Analisando-se os conhecimentos de transporte (fls. 09 e 32) e suas respectivas traduções (fls. 16/18, fls. 39/41), verifica-se que não foi declarado nos mesmos o valor da mercadoria para transporte.

Na hipótese de não ser declarado o valor da mercadoria transportada, entende-se que:

“Tratando-se de transporte aéreo internacional e não constando do conhecimento o valor da mercadoria transportada, para efeito de indenização, aplica-se o art. 22 da Convenção de Varsóvia, aprovada pelo Decreto n. 20.704/31”. (RT, 573:163) (grifei)

Consoante se extrai dos documentos de fls. 16-25, a empresa recorrida assumiu obrigação de resultado no tocante ao transporte das mercadorias descritas nos quadros constantes às 18-25, 39-47, no valor de USD 57.894,75 (cinquenta e sete mil, oitocentos e noventa e quatro dólares americanos e setenta e cinco centavos) equivalente a R\$ 160.171,62 (cento e sessenta mil, cento e setenta e um reais e sessenta e dois centavos), na proporção contratada segundo as informações contábeis, “1 DÓLAR AMERICANO = 2,788 REAIS BRASILEIROS [...] (fls. 17 e 40)”.

A sentença proferida aplicou corretamente a norma, uma vez que recentes julgamentos do STF e do STJ definiram o entendimento acerca da aplicação da Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor.

Colhe-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. INDENIZAÇÃO TARIFADA. PREPONDERÂNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. RE N. 636.331/RJ (TEMA 210/STF). JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. No julgamento do RE n. 636.331/RJ, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral da matéria (Tema 210/STF), firmou a tese de que, “nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

2. Agravo de instrumento conhecido para dar provimento ao recurso especial, em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inciso II, do CPC/2015. (Ag 827.374/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, j. 8-5-2018, DJe 17-5-2018)

Como referido no *decisum* do STJ acima, o Supremo Tribunal Federal havia julgado um Recurso Extraordinário de repercussão geral que definiu pela prevalência da Convenção de Varsóvia sobre o Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de transporte internacional:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento. (RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 25-5-2017, REPERCUSSÃO GERAL - DJe-257 de 13-11-2017).

Do processado, entendo que a ré teve condições de analisar as características e quantidade das mercadorias enviadas para transporte, realizar pesagem, bem como conferir os volumes que lhe foram confiados antes de entregar a mercadoria para a transportadora de fato que emitiu o conhecimento de transporte aéreo, ressaltando a responsabilidade da ré/recorrida adesiva no tocante à obrigação de resultado em questão.

Desse modo, considerando que a obrigação contratual foi falha, na medida em que não houve a entrega das mercadorias “contra apresentação de documentos”, conforme previsto entre as partes (fls. 19 e 42), tem-se que deve haver a indenização tarifada, aplicando-se a Convenção de Varsóvia no caso concreto.

Com efeito, a ré/recorrida adesiva não demonstrou o cumprimento efeito da obrigação de

resultado contratada, de modo que a entrega das mercadorias ocorreu sem contra-apresentação dos documentos devidamente endossados, prova esta, que deveria constar do conhecimento de transporte da empresa subcontratada.

Entretanto, mostrou-se correta a sentença ao aplicar a Convenção de Varsóvia ao caso concreto.

Ademais, não há prova de que a autora tenha feito pagamento suplementar para efeito de declaração especial e obtenção de benefício previsto no pacto de Varsóvia.

Nesse sentido, ainda, colho precedente do STJ:

RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO PELO EXTRAVIO. CONVENÇÃO DE MONTREAL. INCIDÊNCIA. REGRA DE SOBREDIREITO CONSTITUCIONAL. DESTRUÇÃO, PERDA OU AVARIA DO BEM TRANSPORTADO. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESPECIAL DE VALOR. PESO DECLARADO NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE AÉREO. CRITÉRIO PARA CÁLCULO DA REPARAÇÃO DO DANO. CULPA GRAVE OU DOLO PELO MERO EXTRAVIO. INEXISTÊNCIA.

1. Consumidor, para fins de tutela pelo CDC, é aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Com efeito, na linha da iterativa jurisprudência do STJ, entre a sociedade empresária que contratou o transporte e a transportadora da mercadoria, há liame meramente mercantil.

2. **Por um lado, o art. 1º, alínea 1, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) elucida que esse diploma se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Por outro lado, o Plenário do STF, em precedente julgado sob o rito da repercussão geral, RE 636.331, perfilhou o entendimento de que há uma regra de sobredireito constitucional a impor a prevalência do Diploma transnacional, pois, nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.**

3. O art. 22, alínea 3, da Convenção de Montreal estabelece que, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, **a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago quantia suplementar, se for cabível.** Com efeito, o Diploma transnacional não impõe uma forçosa tarifação, mas faculta ao expedidor da mercadoria que se submeta a ela, caso não opte por fazer declaração especial - o que envolve, em regra, pagamento de quantia suplementar.

4. As limitações e tarifações de indenização estabelecidas pela Convenção Internacional estão ancoradas em justificativas relevantes, como: a) indispensabilidade de contratação de seguro, que seria inviabilizada pela inexistência de teto; b) compensação entre, de um lado, a limitação e, do outro, o agravamento do regime de responsabilização (inversão do ônus da prova de culpa ou mesmo imputação objetiva); c) unificação do direito, quanto aos valores indenizatórios pagos.

5. O art. 248 do Código Brasileiro de Aeronáutica tem disposição harmoniosa com o art. 22, alínea 5, da Convenção de Montreal, que estabelece que a limitação indenizatória não se aplicará se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

6. O extravio da carga é, em todas as hipóteses, o próprio fato gerador da obrigação de indenizar do transportador, não se podendo reconhecer que, sem demonstração de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, possa ser afastada a aplicação da fórmula convencional, para o cálculo do montante indenizatório.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1.341.364/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 19-4-2018, DJe 5-6-2018, grifei).

Desse modo, não merece provimento o recurso adesivo da autora, devendo ser mantida a sentença no ponto.

2.2 Dos honorários advocatícios

A sentença fixou os ônus de sucumbência da seguinte forma:

Condeno a demandada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor do débito, atualizado, o que faço com fulcro no art. 20, § 3º c/c suas alíneas, todos do CPC. Tendo em vista que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, não há que se falar em sucumbência recíproca.

Com relação ao tema, o CPC/2015, em seu art. 85, § 2º, estabeleceu parâmetros para fixação da verba honorária:

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, [...] atendidos:

I) o grau de zelo do profissional;

II) o lugar de prestação do serviço;

III) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço [...].

Levando-se em consideração os mencionados parâmetros, a realidade dos autos demonstra que, embora a causa tramita desde o ano de 2005, tendo o procurador da autora/recorrente sido diligente, exercendo seu labor com dedicação.

Assim, com base nos parâmetros indicados no art. 85 do CPC/2015, entendo adequada a majoração dos honorários advocatícios para o patamar de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, sendo parcialmente provido o adesivo, no ponto.

Anoto que não é caso de majoração dos honorários conforme determina o art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão do enunciado administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, que entende aplicável somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18-3-2016.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente o recurso de apelação interposto pela empresa ré, e nesta parte, negar-lhe provimento, e, por outro lado, conhecer e dar parcial provimento ao recurso adesivo da parte autora, para majorar os honorários advocatícios ao patrono da autora, para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Apelação Cível n. 0311062-08.2016.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA” – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

RECLAMO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ – DISCUSSÃO QUANTO À EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – ALEGAÇÃO DE SER O DEMANDANTE AVALISTA DA EMPRESA QUE CONTRAIU OS DÉBITOS – INSUBSISTÊNCIA – AUTOR QUE NÃO PERTENCIA MAIS AOS QUADROS SOCIETÁRIOS DA PESSOA JURÍDICA INADIMPLENTE NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DOS AJUSTES, BEM COMO DO VENCIMENTO DOS TÍTULOS CORRESPONDENTES QUE ENSEJARAM A NEGATIVAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.032 DO CÓDIGO CIVIL – VIGÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS DO COTISTA POR ATÉ 2 (DOIS) ANOS APÓS SEU EGRESSO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE – RESPONSABILIDADE DO BANCO PELA QUALIDADE E SEGURANÇA DOS SERVIÇOS PRESTADOS – ATO ILÍCITO CONFIGURADO.

Consoante disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil, aquele que cometer ato ilícito tem o dever de ressarcir os prejuízos acarretados.

O direito à indenização decorre da configuração da ilicitude, assim como do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, dano, nexo causal e dolo ou culpa.

Ademais, o art. 1.032 do Código Civil preconiza que as obrigações do sócio egresso da sociedade mantêm-se por até 2 (dois) anos após sua retirada.

Ainda, com lastro na teoria do risco do empreendimento, todo aquele que forneça bens ou serviços responsabiliza-se objetivamente pelos eventuais danos acarretados a seus consumidores.

No caso, em que pese alegação defensiva no sentido de ser o autor avalista da empresa que contraiu as dívidas em comento, denota-se o afastamento do acionante do quadro societário da pessoa jurídica inadimplente cerca de 3 (três) anos antes da celebração das avenças, bem como do vencimento dos títulos ensejadores da inscrição nos órgãos de inadimplentes.

Dessa forma, constata-se a insubsistência das alegações formuladas pela casa bancária, porquanto a mesma não demonstrou a existência de relação jurídica entre as partes, motivo pelo qual deve ser responsabilizada objetivamente pela falha no serviço prestado, de acordo com a teoria do risco do empreendimento.

DEMONSTRAÇÃO DO ABALO MORAL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO – DANO “IN RE IPSA” – PRESCINDIBILIDADE DE PROVAS DA LESÃO SUPOSTADA – JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE – INCONFORMISMO REJEITADO NESTE TOCANTE.

De acordo com o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e neste Areópago, a inclusão irregular em rol de inadimplentes figura dano “in re ipsa”, sendo desnecessária, porquanto presumido, a produção de provas acerca do abalo suportado pela parte lesada.

MONTANTE INDENIZATÓRIO – QUANTIA ARBITRADA EM PRIMEIRO GRAU EM R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) – PONTO DE INSURGÊNCIA COMUM – INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A FIXAÇÃO – ANÁLISE DO CASO CONCRETO – CAPACIDADE FINANCEIRA

DAS PARTES E LAPSO TEMPORAL DE PERSISTÊNCIA DO ILÍCITO – PARTICULARIDADES QUE IMPÕEM A ELEVAÇÃO PARA R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS).

Inexistindo critérios objetivos para a fixação do “quantum” indenizatório, cabe ao Magistrado examinar as peculiaridades do caso concreto.

Na espécie, a responsável pela reparação é casa bancária de grande renome e amplo poderio econômico, enquanto a parte lesada figurava, quando do ingresso da demanda, como assistente administrativo, com remuneração líquida mensal de R\$ 1.380,00 (mil, trezentos e oitenta reais).

Relativamente ao interregno da negativação, denota-se ter esta sido mantida por aproximadamente 3 (três) meses.

Ponderando, portanto, as peculiaridades da situação examinada, conclui-se pela necessidade de majoração do valor da reparação para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), conforme entendimento deste Colegiado.

MARCO “A QUO” DOS JUROS DE MORA – PRETENSÃO DO DEMANDADO EM INCIDIR O ENCARGO A CONTAR DA DATA DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO QUE ARBITROU O MONTANTE RESSARCITÓRIO – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO – FLUÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INCONFORMISMO INACOLHIDO NO CAPÍTULO.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem a partir do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça).

Na hipótese em apreço, a inscrição indevida se deu na data de 23/7/2016, sendo esse, portanto, o termo inicial de fluência dos juros de mora.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS – MODIFICAÇÃO DO DECISÓRIO PROFERIDO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – PROCEDÊNCIA TOTAL DOS PEDIDOS INAUGURAIS – NECESSIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ESTIPÊNDIOS PARA QUE RECAIA SOBRE EXCLUSIVAMENTE SOBRE O RÉU.

A imposição do pagamento dos ônus sucumbenciais deve considerar o êxito de cada um dos contendores no litígio.

No caso, constata-se que o autor obteve êxito na integralidade das pretensões deduzidas na inicial, devendo atribuir-se ao réu o adimplemento da totalidade dos estipêndios decorrentes de sua derrota, nos moldes do art. 85, “caput”, da Lei Adjetiva Civil.

ESTIPÊNDIO PATRONAL – ESTABELECIMENTO, NA ORIGEM, EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO – ACIONANTE QUE PRETENDE A ELEVAÇÃO DO PERCENTUAL PARA 20% (VINTE POR CENTO) – CRITÉRIOS LISTADOS NO § 2º DO ART. 85 DA LEI ADJETIVA CIVIL – POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO PARA 15% (QUINZE POR CENTO) DE MODO A ATENDER OS PARÂMETROS LEGAIS – ADEMAIS, INCREMENTO QUE SERÁ OPERADO NA VERBA EM DECORRÊNCIA DO INACOLHIMENTO DA INSURGÊNCIA DO ADVERSÁRIO – RECLAMO PARCIALMENTE AGASALHADO NA “QUAESTIO”.

Em se tratando de demanda de natureza condenatória, necessário se mostra a adoção dos critérios cominados no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, a fim de remunerar adequadamente o profissional de acordo com a particularidade do feito em questão, o trabalho desenvolvido pelos procuradores, o zelo profissional, o tempo por eles dispensado e, ainda, o grau de complexidade da causa.

“In casu”, considerando o trabalho adicional desenvolvido em grau recursal, bem como o prolongamento da tramitação do feito por mais de 2 (dois) anos, entende-se possível o acolhimento parcial do pedido recursal de majoração da verba honorária para 15% (quinze por cento) sobre a importância indenizatória.

HONORÁRIOS RECURSAIS – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO E DESPROVIMENTO DO APELO – NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO EM FAVOR DO PROCURADOR DO ACIONANTE – OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES A SER PONDERADA NA QUANTIFICAÇÃO DO ESTIPÊNDIO ADICIONAL – ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS EDCL. NO AGINT NO RESP. 1573573 / RJ.

No caso concreto, em que pese ter o presente aresto dado parcial provimento ao recurso adesivo, de forma que o acréscimo da remuneração do procurador da vencedora já decorreu da redistribuição da sucumbência acima operada, a qual considerou, inclusive, o labor adicional por este exercido nesta instância, verifica-se o desprovimento do reclamo manejado pelo acionado, mostrando-se necessária a majoração dos honorários advocatícios em favor do procurador do autor, nos termos deliberados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dessa feita, eleva-se a verba honorária em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, observada, para a fins de dimensionamento, o oferecimento de resposta à insurgência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0311062-08.2016.8.24.0018, da comarca de Chapecó, 3ª Vara Cível em que é Apelante Banco HSBC Bank Brasil S/A e Apelado Alessandro Fossé.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, a) negar provimento ao apelo do réu; b) dar parcial provimento ao recurso adesivo da parte demandante, a fim majorar o “quantum” indenizatório para o patamar de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a ser corrigido pelo INPC a partir da presente fixação e acrescido de juros moratórios, de 1% ao mês, a contar do evento danoso (23/7/2016); c) atribuir exclusivamente ao réu a responsabilidade pelo adimplemento dos ônus sucumbenciais, majorando os honorários advocatícios devidos em favor do procurador do acionante em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, os quais são acrescidos em 5% (cinco por cento). Custas legais.

O julgamento, realizado em 11 de dezembro de 2018, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2019.

Desembargador Robson Luz Varela

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos, respectivamente, por HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo e por Alessandro Fossá contra sentença que, nos autos da “ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência”, ajuizada pelo recorrente adesivo em face do apelante, julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, nos seguintes termos:

Ante o exposto, resolvo o mérito e ACOELHO PARCIALMENTE (CPC, art. 487, I) o pedido formulado pelo

autor Alessandro Fossá e, como consequência, DECLARO inexistente o débito que deu ensejo a inscrição indicada às fls. 24/29 e CONDENO o réu Banco HSBC Bank Brasil S/A ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor este que deve ser acrescido de juros legais de 1% ao mês, a contar desde o evento, ou seja, a data da inscrição indevida (Súmula 54 do STJ), além de correção monetária, pelo índice do INPC, a incidir desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ).

CONFIRMO e MANTENHO os efeitos da decisão que concedeu a antecipação da tutela às fls. 36/37.

Houve sucumbência recíproca, tendo a parte autora decaído de parte do pedido (CPC, art. 86, caput). Sendo assim, CONDENO as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, na proporção de 25% (vinte e cinco por cento) para a parte autora e 75% (setenta e cinco por cento) para a parte ré, fixada a verba sucumbencial em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 2º e 86, ambos do CPC, vedada a compensação (CPC, art. 85, § 14) (vide TJSC, Apelação Cível n. 0301460-52.2015.8.24.0042, de Maravilha, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em: 14/12/2017).

A exigibilidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios está suspensa com relação à parte autora, durante o prazo extintivo de 5 (cinco) anos, porquanto CONCEDO-LHE neste momento os benefícios da Gratuidade da Justiça, nos termos dos arts. 98 a 102 do CPC e da Lei 1.060/1950.

Em suas razões (fls. 160/180), o apelante alegou a existência de relação jurídica entre as partes, porquanto as avenças provenientes da negativação do demandante são derivadas do contrato principal, no qual consta o autor como avalista, desde 10/9/2007, da empresa Fossa Comercio de Automóveis Ltda, inexistindo pedido posterior de exclusão de tal obrigação.

Ainda, defendeu a ausência de danos morais passíveis de indenização, pois inexistente conduta ilícita praticada, bem como de nexos causal, tendo em vista a ocorrência de fato de terceiro.

Subsidiariamente, pleiteou a minoração do “quantum” ressarcitório, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da parte adversa, e a alteração do termo inicial dos juros de mora para a data de arbitramento da condenação.

O insurgente adesivo (fls. 194/202), por sua vez, requereu a majoração do montante indenizatório para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor condenatório.

Foram apresentadas contrarrazões por ambos os contendores (fls. 184/193 e 205/210). Após, os autos vieram conclusos.

Em suma, o esboço dos fatos.

VOTO

Dispõe o art. 14 do Novo Código de Processo Civil (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, sendo o caso dos presentes autos, em que o pronunciamento judicial foi publicado na data de 3/7/2018 (fl. 159).

O acionante propôs “ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência”, pugnando, em suma, pela declaração de inexistência de dívida, supostamente oriunda de 6 (seis) contratos de financiamento entabulados perante o réu, bem como pela condenação deste ao ressarcimento de danos morais, em valor não inferior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Intimada, a parte acionada apresentou peça de defesa às fls. 47/66, refutando os argumentos iniciais. Após, adveio sentença de parcial procedência dos pedidos exordiais (fls. 151/157), na qual acolheu o pleito principal e condenou a instituição financeira ao pagamento de indenização a título de danos extrapatrimoniais, ao demandante, no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Inconformada, a parte ré interpôs recurso de apelação às fls. 160/180.

Com tais considerações, passa-se a analisar separadamente os tópicos recursais para melhor compreensão da celeuma.

Ato ilícito

O recorrente sustenta ter agido no exercício regular de seu direito, porquanto em seu sistema interno o acionante consta como avalista da pessoa jurídica Fossa Comercio de Automóveis Ltda e, mesmo com o afastamento do autor do quadro societário desta, inexistente requerimento ou contato do postulante para a sua remoção de tal encargo.

No mais, alega que os ajustes objurgados derivam do contrato principal, de n. 1300657030, onde o autor apresenta-se como avalista da sociedade desde 10/9/2007.

Aduz ser empresa de grande porte, sendo inviável averiguar a situação societária de toda sua clientela, em oposição ao consignado pelo juízo “a quo”.

Pois bem.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5º, V), estabelecendo, também, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X).

Referente à configuração do ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar, dispõe o Código Civil em seus artigos 186 e 927:

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.

Dessa forma, “o direito ao recebimento de indenização, de natureza material ou moral, tem seu alicerce na prática de ato ilícito pelo lesante, e na configuração dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, qual sejam: dano, nexos causal e dolo ou culpa (Apelação Cível n. 2007.014405-9, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 17/11/2009).

Sobre o tema, Rui Stoco leciona:

Não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros. Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados, posto que a ofensa que atinge o bem estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral, de sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano, não podem servir de fundamento para a obtenção de reparação extrapatrimonial (TJSP - 3ª C. Dir. Público - Ap. 100.586-5/0 - Rel. Rui Stoco - j. 22.05.2001 - Voto: 2.437/01). (Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.673)

Colhe-se da jurisprudência:

Para que reste configurado o dever de indenizar, impositiva a demonstração de um agir ilícito, de dano e de nexos causal entre aquele e os prejuízos sofridos (art. 186 e 927 do CC/02). Elementos esses que estão contidos também na legislação consumerista, aplicável à espécie, consoante verbete de súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça. (TJRS, Apelação Cível n. 70044700482, rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. em 15/12/2011)

No caso em apreço, verifica-se ser fato incontroverso a efetuação de inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito, consubstanciando-se a discussão no que se refere à existência de relação jurídica entre os contendores.

A parte acionante alega nunca ter realizado financiamentos junto ao réu, sendo inscrita indevidamente por dívida oriunda de tais avenças. Em contrapartida, o demandado argui que a adversa não logrou êxito na comprovação de sua tese.

Dos documentos carreados aos autos, observa-se que as anotações ocorreram devido a débitos provenientes de contratos de números 02000000001301329851, 02000000001301182435, 02000000001301338249, 02000000001301287237, 02000000001301341762 e 02000000001301230740, com vencimentos nos dias 30/5/2016, 2/6/2016, 6/6/2016 e 13/6/2016 (fls. 24/29).

Em que pese a ausência do colacionamento dos ajustes acima pelo banco réu, consigna-se também ser fato incontroverso que as restrições creditícias decorreram-se da inadimplência da empresa Fossa Comercio de Automóveis Ltda, na qual o postulante figurava como sócio até ao menos 14/8/2012.

Neste tocante, infere-se às fls. 31/35 “terceira alteração consolidação do contrato social”, formalizada na referida data, em que a cláusula primeira consta o seguinte excerto: o sócio ALESSANDRO FOSSÁ está vendendo a totalidade de suas quotas de capital da sociedade, cedendo e transferindo neste ato para KARINA RAQUEL SABADINI, [...].

Ademais, o apelante afirmou expressamente, em sede de defesa (fls. 47/66), que as liberações dos créditos efetuaram-se nos dias 28/3/2016, 20/6/2014, 20/5/2016, 11/2/2015, 11/5/2016 e 11/3/2015, ou seja, posteriormente à saída do acionado.

Com isso, constata-se que o recorrido não pertencia mais à sociedade empresarial nas datas das celebrações dos contratos, assim como dos vencimentos.

Ainda, como bem destacado pelo magistrado singular, “conforme preconiza o art. 1.032 do Código Civil, o sócio que for retirado da sociedade tem responsabilidade pelas obrigações sociais posteriores por dois anos depois de sua saída, sendo que, no caso em tela, a alteração do contrato social foi registrada na Junta Comercial em 16/08/2012 (fls. 127/131), razão pela qual não pode o autor responder por débitos oriundos da empresa cujo vencimento remonta ao ano de 2016” (fl. 154).

Sobre o tema, extrai-se do art. 1.032 do Código Civil/2002: “A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação”.

Dessa forma, não subsiste a alegação da casa bancária recorrente quanto à ausência de ilicitude na sua conduta, porquanto deixou de comprovar a existência de relação jurídica entre as partes, de modo que deve ser responsabilizada objetivamente pela falha no serviço prestado, de acordo com a teoria do risco do empreendimento, a qual, segundo a doutrina:

Pela “teoria do risco do empreendimento”, **todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.** Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. **A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.** (Sergio Cavalieri Filho. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Editora Atlas S/A., 2008. pp. 475/476, grifo no original)

Pela razões supra expostas, forçoso o desprovimento do recurso aventado pelo banco no que concerne à temática enfrentada.

Danos morais

No que tange à comprovação dos danos morais sofridos, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova” (AgInt no AREsp 1237491/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 8/5/2018).

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL IN RE IPSA. SÚMULA N. 83/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO. DESCONSTITUIÇÃO QUE REQUER O REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS, OBSERVADOS OS LIMITES LEGAIS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. **A jurisprudência sedimentada desta Casa firmou entendimento no sentido que a inscrição indevida em cadastro negativo de crédito caracteriza, por si só, dano in re ipsa, o que implica responsabilização por danos morais. Súmula n. 83 do STJ.** [...] (AgInt no AREsp 1284741/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 14/8/2018)

Referido posicionamento é igualmente adotado pelas Câmaras de Direito Comercial deste Sodalício (Apelação Cível n. 0004564-93.2012.8.24.0022, j. em 5/6/2018; Apelação Cível n. 0311215-75.2015.8.24.0018, j. em 21/5/2018 e Apelação Cível n. 0002178-29.2010.8.24.0065, j. em 21/5/2018).

Efetivamente, a inscrição indevida causa inequívoco abalo moral, fato público e notório que, a teor do art. 374, inciso I, do Código de Processo Civil, prescinde de prova.

No mesmo diapasão, discorre Humberto Teodoro Júnior ao lecionar que “o importante dessa moderna posição jurisprudencial está em que a fixação do problema dentro do âmbito do dano moral afasta a exigibilidade da prova, pela vítima, da repercussão do ato ofensivo sobre o seu patrimônio. O condicionamento que a velha jurisprudência fazia, no sentido de ter de se demonstrar que o ultraje moral acarretará um prejuízo econômico, para só então deferir a indenização, frustrava a maioria das pretensões de responsabilidade civil em áreas como a dos protestos cambiários e outros atos igualmente lesivos à honra da vítima, mas de reflexos materiais problematicamente comprováveis. Agora as coisas se simplificam, pois a razão da reparação não está no patrimônio, mas na dignidade ofendida, ou na honra afrontada. É dano moral, em toda a sua inteireza, que encontra uma sanção na lei” (Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 20, p. 28).

É cediço, pois, que o dano decorre do próprio ato ilícito cometido, não havendo falar em prova do dano moral ou do abalo de crédito, pois se trata de dano moral puro, tido como presumido; por isso, exige-se tão somente a demonstração de ter sido o protesto irregular.

Neste sentido, colacionam-se os seguintes julgados desta Corte:

CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE. INADIMPLÊNCIA. FIADOR INSERIDO NO ROL DE MAUS PAGADORES. INDENIZATÓRIA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DO BANCO DEMANDADO. IMPRESCINDIBILIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO FIADOR ANTES DE NEGATIVÁ-LO EM ROL RESTRITIVO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. É imprescindível a notificação do fiador de instrumento contratual inadimplido antes de o credor negativá-lo no rol de maus pagadores pois, diferente do devedor, não tem ciência do adimplemento das prestações sucessivas. **DANO MORAL IN RE IPSA. Nas hipóteses de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral ocorre in re ipsa, pois prescinde de prova.** [...] APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 0001069-71.2014.8.24.0054, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 14/6/2018) (sem grifo no original)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ALEGAÇÃO DE QUE A NEGATIVAÇÃO INDEVIDA FOI REALIZADA POR TERCEIRO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO AO DEVEDOR ACERCA DA CESSÃO DE CRÉDITO. EXEGESE DO ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL. PREFACIAL ARREDADA. MÉRITO. AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. COBRANÇA DE ENCARGOS BANCÁRIOS MESMO COM A COMPROVAÇÃO DE INATIVIDADE DA CONTA POR MAIS DE SEIS MESES E NENHUMA CONTRAPRESTAÇÃO PELO BANCO AO AUTOR NESTE PERÍODO. **INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. DANO MORAL PRESUMIDO ‘IN RE IPSA’. DESNECESSIDADE DE PROVA.** [...] (Apelação Cível n. 0302864-06.2016.8.24.0010, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. em 15/5/2018) (sem grifo no original)

Desta maneira, verificado que o demandante não figurava como avalista dos ajustes originários

da negatização, está presente o abalo anímico indenizável, especialmente considerando que na hipótese o prejuízo é presumido.

“Quantum” indenizatório

Pugna o apelante pela minoração do valor fixado pelo abalo anímico experimentado pelo autor, arbitrado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), ao passo que o recorrente adesiva pleiteia sua majoração.

Acerca do tema, é certo que a lei não previu critérios objetivos à fixação da verba, e nem poderia fazê-lo, devido às inúmeras realidades distintas que se apresentam ao julgador. A lei simplesmente dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (Código Civil, art. 944, “caput”), dimensão que deve ser aferida em cada caso, consoante as provas carreadas aos autos.

A fixação do dano moral deve ter como parâmetro, além das peculiaridades da espécie, a extensão do dano sofrido e as condições econômico-financeiras das partes envolvidas, ou seja, ser proporcional e razoável, a fim de não se impor reparação irrisória nem valor que acarrete o enriquecimento ilícito de uma das partes, considerado, sobretudo, o caráter pedagógico da indenização.

A respeito, ensina 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. (FIUZA, Ricardo (cord.). Novo código civil comentado. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 913)

E, ainda, merece destaque a lição de Sérgio Cavalieri Filho sobre o tema:

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia, que de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (Programa de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116)

A jurisprudência tem levado em consideração os seguintes parâmetros, dentre outros: a) situação pessoal da vítima; b) lesão por ela experimentada; c) condição financeira do ofensor e grau de culpa na prática do ato ilícito; d) valor não deve ser irrisório nem extremamente gravoso, pena de gerar enriquecimento sem causa, tornando conveniente o ato (Apelação Cível n. 0027153-22.2007.8.24.0033, Rel. Des. Jaime Machado Junior, j. em 15/2/2018).

Assim, ante a omissão legislativa acerca de critérios objetivos, cabe ao Magistrado, quando do arbitramento do dano moral indenizável, ater-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, à

teoria do desestímulo, gravidade, a extensão do dano e a capacidade financeira das partes.

Na situação sob enfoque, como visto acima, a casa bancária foi negligente ao realizar inscrição indevida, ante à retirada do autor do quadro societário da empresa que originou os débitos.

Procedendo-se à análise das peculiaridades que o caso ora se apresenta, constata-se ser o lesado assistente administrativo, com remuneração mensal líquida de R\$ 1.380,00 (mil, trezentos e oitenta reais – fl. 23) e, inclusive, beneficiário de justiça gratuita (fl. 157), enquanto que o responsável pela reparação é casa bancária de grande renome e amplo poderio econômico – HSBC Bank Brasil S/A.

Igualmente, vale destacar terem os registros permanecido inseridos indevidamente por aproximadamente 3 (três) meses, considerando o lapso entre a data da inclusão, em 23/7/2016, e o da exclusão, em 18/10/2016 (fl. 138).

Portanto, sopesando as particularidades do litígio, a condição econômica de ambas as partes, a amplitude do dano sofrido e a responsabilidade pelo ressarcimento, tem-se que o arbitramento da indenização em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) se encontra inferior ao patamar fixado por este Colegiado, para hipóteses similares à discutida, que é de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Nessa linha:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. ENTREGA AMIGÁVEL DO BEM PARA ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PELO BANCO DA EXISTÊNCIA DE SALDO DEVEDOR REMANESCENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. [...] APELO DE AMBAS AS PARTES. PONTO DE INSURGÊNCIA COMUM. APELO DO BANCO QUE VISA MINORAR A QUANTIA ARBITRADA E APELO DO AUTOR QUE REQUER A MAJORAÇÃO DA VERBA. VALOR FIXADO PELO JUIZ SINGULAR QUE ESTÁ AQUÉM DO ESTIPULADO EM CASOS ANÁLOGOS POR ESTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CARÁTER PEDAGÓGICO E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERBA QUE DEVE SER MAJORADA PARA R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0301439-24.2017.8.24.0166, Rel. Des. Rejane Andersen, j. em 29/10/2018) (sem grifos no original)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. [...] 2 - DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL IN RE IPSA. SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLA O MERO DISSABOR. NEGATIVAÇÃO QUE NÃO PODE SER REDUZIDA A MERO ABORRECIMENTO. RECURSO PROVIDO NOTOCANTE. 3-QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER DÚPLICE DA REPARAÇÃO. PEDAGÓGICO DO OFENSOR E COMPENSATÓRIO DA VÍTIMA. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. VALOR FIXADO EM R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA INCIDENTES DESDE O EVENTO DANOSO. ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL E SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0017849-64.2013.8.24.0008, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 25/9/2018) (sem grifos no original)

Por esses motivos, majora-se o valor da indenização para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a

ser corrigido pelo INPC a partir da presente fixação e acrescido de juros moratórios, de 1% ao mês, a contar do evento danoso, qual seja, da data da efetiva inscrição indevida em 23/7/2016 (Súmulas 362 e 54 do STJ, respectivamente).

Termo inicial dos juros de mora

Insurge-se a parte ré quanto ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, afirmando que os mesmos devem fluir a partir da data da decisão que arbitrou o valor da indenização, de acordo com entendimentos recentes do Supremo Tribunal de Justiça.

Todavia, os mesmos deverão incidir da data do evento danoso, como bem asseverado pelo juízo “a quo”, a teor do preceito estatuído na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, “in verbis”: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

No mesmo sentido, dispõe o art. 398 do Código Civil: “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

A respeito, Sergio Cavaliere Filho leciona:

[...] **Tratando-se de obrigação proveniente de ato ilícito, temos a regra do art. 398, que manda computar os juros desde o evento.** Este artigo - que corresponde ao art. 962 do Código de 1916 - teve sua redação melhorada, na medida em que se substituiu o termo delito, que figurava no dispositivo revogado, por ato ilícito. Prevaleceu, portanto, **o entendimento no sentido de que delito não estava a indicar apenas ilícito penal, mas também o ilícito civil, consolidado na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.** (Programa de Responsabilidade Civil, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 136) (sem grifo no original)

A respeito:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA MERCANTIL QUITADA. [...] **JUROS MORATÓRIOS. PLEITO DE INCIDÊNCIA A PARTIR DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** INSURGÊNCIA COMUM DAS APELANTES [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0857830-22.2013.8.24.0023, rel. Des. Rejane Andersen, j. em 24/04/2018) (sem grifo no original)

Portanto, não merece acolhimento o reclamo com relação aos juros moratórios, os quais devem incidir a partir do evento danoso.

Ônus sucumbenciais

Modificada a sentença profligada, para sua total procedência, impõe-se a redistribuição dos ônus sucumbenciais para que reflitam o novo deslinde dado à controvérsia.

Na hipótese, com o provimento do apelo interposto pela demandante, verifica-se que esta teve êxito integral das pretensões deduzidas na inicial.

Estabelece o art. 85, “caput”, do Código de Processo Civil: “a sentença condenará **o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor**” (sem grifos no original).

De tal sorte, há de se atribuir ao réu o adimplemento da totalidade dos estípedios decorrentes de sua derrota.

Honorários Advocatícios

Por fim, almeja o autor a elevação dos estípedios patronais para o montante de 20% (vinte por cento) do valor da condenação, alegando que a verba fixada na sentença (10% - dez por cento) não condiz com o trabalho desempenhado pelo patrono do demandante.

Tratando-se de ação de cunho condenatório, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em observância às regras explícitas no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, aqui colacionado:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, a teor das alíneas do artigo supracitado, é de se considerar como parâmetro o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

(...) Os honorários advocatícios devem se pautar pela razoabilidade de seu valor. Dessarte, no caso sob exame, é de bom conselho manter-se a coerência do que vem decidindo o STJ que, em inúmeras causas em que a verba honorária foi arbitrada em valor módico, elevou a verba honorária considerando o trabalho e esforço empreendido pelos advogados [...]. (REsp n. 1307507/DF, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 21/8/2012)

No caso, trata-se de “ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência” decorrente de inscrição indevida do nome do acionante nos cadastros de proteção ao crédito.

Em que pese a baixa complexidade da causa e da mesma ter sido instruída apenas por provas documentais, deve-se atentar pelo prolongamento da tramitação há mais de 2 (dois) anos (propositura em 24/10/2016) e ao trabalho adicional exercido pelo causídico da parte recorrente em grau recursal.

Logo, diante das particularidades do feito em questão, entende-se devida a majoração do estípedio patronal no montante de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, a favor dos procuradores da parte autora.

Ainda, adianta-se a necessidade de majoração da verba em comento em razão do acréscimo decorrente dos honorários recursais, alcançando, portanto, o patamar almejado pela recorrente adesiva, qual seja, de 20% (vinte por cento) sobre o montante ressarcitório.

Honorários recursais

Relativamente aos honorários recursais, cumpre destacar que, na sessão de julgamento datada de 13/11/2018, quando da apreciação da Apelação Cível n. 0300208-27.2018.8.24.0036, este Órgão Colegiado refluíu do posicionamento outrora adotado para passar a acompanhar o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial de n. 1.573.573/RJ, assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO CONFIGURADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS PARA SANAR O VÍCIO. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. REQUISITOS.

I - Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”; o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido; não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.

II - A título exemplificativo, podem ser utilizados pelo julgador como critérios de cálculo dos honorários recursais: a) respeito aos limites percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC de 2015; b) observância do padrão de arbitramento utilizado na origem, ou seja, se os honorários foram fixados na instância a quo em valor monetário, por meio de apreciação equitativa (§ 8º), é interessante que sua majoração observe o mesmo método; se, por outro lado, a verba honorária foi arbitrada na origem com base em percentual sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa, na forma do § 2º, é interessante que o tribunal mantenha a coerência na majoração utilizando o mesmo parâmetro; c) aferição do valor ou do percentual a ser fixado, em conformidade com os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85; d) deve ser observado se o recurso é parcial, ou seja, se impugna apenas um ou alguns capítulos da sentença, pois em relação aos demais haverá trânsito em julgado, nos termos do art. 1.002 do CPC de 2015, de modo que os honorários devem ser arbitrados tendo em vista o proveito econômico que a parte pretendia alcançar com a interposição do recurso parcial; e) o efetivo trabalho do advogado do recorrido. (Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 4/4/2017)

De acordo com o paradigma acima transcrito, ao qual perfilha a Quarta Turma da Corte Superior (AgInt no AREsp. 1.064.199/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 16/10/2018), o estabelecimento do estípcndio patronal, em sede de recurso, encontra-se atrelado aos seguintes requisitos:

- a) ter a decisão recorrida sido publicada sob a égide da Lei 13.105/2015, ou seja, após 18/3/2016;
- b) haver o desprovimento do recurso ou seu não conhecimento integral;
- c) arbitramento, pelo “decisum” impugnado, de honorários advocatícios;
- d) inauguração, pelo reclamo, da instância recursal (descabimento em incidentes);
- e) impossibilidade de extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil;
- f) desvinculação com a apresentação de contrarrazões.

Tais premissas restaram assentadas no fato de que a intenção do legislador, ao inserir os honorários advocatícios no ordenamento processual pátrio, foi de desestimular a interposição desenfreada de recursos fadados ao insucesso.

De tal sorte, justifica-se a imposição de honorários adicionais somente àquele que tenha sua insurgência não conhecida ou inacolhida, de modo a fortalecer, também, os comandos prolatados pela instância originária.

Por outro lado, nas hipóteses de provimento, integral ou parcial, do inconformismo, não há conduta processual a ser coibida, sendo o acréscimo na remuneração do procurador da parte vencedora decorrência lógica da redistribuição da sucumbência, inclusive com a consideração da atuação do profissional em grau recursal.

Para mais, a redação do § 11 do art. 85 do Código de Ritos menciona a elevação dos honorários anteriormente fixados, decorrendo desse excerto do dispositivo a conclusão de ser cabível a majoração apenas em prol do vencedor na origem.

Na mesma toada, tendo em vista o viés de sanção processual da parte que recorre desmotivadamente, o oferecimento de resposta não pode figurar como fator impeditivo para a aplicação dos honorários recursais, pois voltados, repita-se, ao desestímulo da pessoa do irresignante. Nada obstante, deve a apresentação de contrarrazões ser ponderada para fins de quantificação da verba patronal em comento.

A propósito, extrai-se a conclusão exarada na Jornada de Direito Processual Civil, ocorrida em agosto de 2017, que resultou no seguinte Enunciado: “A ausência de resposta ao recurso pela parte contrária, por si só, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 85, § 11 do CPC”.

E ainda:

[...] é cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC), mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado.” (Plenário do STF, Ag. Reg. na Ação Originária n. 2063 AgR/CE, Redator para o acórdão Ministro Luiz Fux, j. em 18/5/2017)

No caso concreto, em que pese ter o presente aresto dado parcial provimento ao recurso adesivo, de forma que o acréscimo da remuneração do procurador da vencedora já decorreu da redistribuição da sucumbência acima operada, a qual considerou, inclusive, o labor adicional por este exercido nesta instância, verifica-se o desprovimento do reclamo manejado pelo acionado, mostrando-se necessária a majoração dos honorários advocatícios em favor do procurador do autor, nos termos deliberados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, atentando-se para o fato de ter o procurador do vencedor apresentado contrarrazões (fls. 184/193), eleva-se o estipêndio patronal em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Por todo o exposto, vota-se no sentido de: a) negar provimento ao apelo do réu; b) dar parcial provimento ao recurso adesivo da parte demandante, a fim majorar o “quantum” indenizatório para o patamar de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a ser corrigido pelo INPC a partir da presente fixação e acrescido de juros moratórios, de 1% ao mês, a contar do evento danoso (23/7/2016); c) atribuir exclusivamente ao réu a responsabilidade pelo adimplemento dos ônus sucumbenciais, majorando os honorários advocatícios devidos em favor do procurador do acionante em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, os quais são acrescidos em 5% (cinco por cento).

Apelação Cível n. 0301840-88.2018.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargadora Rejane Andersen

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUROS REMUNERATÓRIOS. PLEITO DE LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. PROVIMENTO. ABUSIVIDADE CONSTATADA. TAXA CONTRATADA (27,82% AO ANO) SUPERIOR À TAXA DIVULGADA PELO BACEN (24,50% AO ANO). CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. PACTUAÇÃO ARITMÉTICA VERIFICADA. AVENÇA QUE TRAZ EM SEU BOJO A TAXA MENSAL E A ANUAL DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. SÚMULAS N.º 539 E N.º 541 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INTERESSE PROCESSUAL NÃO VERIFICADO. ENCARGO NÃO PACTUADO. NÃO CONHECIMENTO NO TÓPICO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PLEITO EM DOBRO. DESCABIMENTO. VIABILIDADE NA FORMA SIMPLES. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO QUE IMPEDE A MAJORAÇÃO DOS ESTIPÊNDIOS PATRONAIS EM GRAU DE RECURSO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO TRIBUNAL DA CIDADANIA – RESP N. 1.573.573/RJ – E ACOMPANHADO POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301840-88.2018.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara Regional de Direito Bancário), em que é Apelante Gabriela Kloch Tessilla e Apelado Banco Bradesco S/A.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e dar-lhe parcial provimento para limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado (24,50% ao ano), redistribuídos os ônus sucumbenciais nos termos do voto. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Robson Luz Varella e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2018.

Rejane Andersen
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Gabriela Kloch Tessilla ajuizou ação de revisão contratual contra Banco Bradesco Financiamentos S/A, alegando a incidência de encargos ilegais e abusivos na cédula de crédito bancário n. 4379407811 firmada entre as partes para aquisição de veículo, requerendo a revisão de suas cláusulas.

Contestação às fls. 43-67.

Sobreveio sentença nos seguintes termos (fls. 114-120):

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTES EM PARTE os pedidos formulados por Gabriela Kloch Tessilla em face de Banco Bradesco Financiamentos S/A, partes qualificadas, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para, tão somente: a) vedar a incidência da multa contratual sobre os juros moratórios; b) determinar a compensação de eventuais valores cobrados indevidamente, ou a repetição do indébito na forma simples, caso em que deve ser restituído com correção monetária pelo INPC desde o desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. Na forma do artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a parte ré sucumbiu de parte mínima do pedido, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais e mais honorários de sucumbência, que fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 85, § 8º do CPC. Entretanto, fica suspensa a exigibilidade das verbas sucumbenciais, conforme o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil, em razão da concessão do benefício da Justiça Gratuita. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpridas as formalidades legais, archive-se.

Às fls. 124-136 apelou a autora, sustentando a necessidade de limitação dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, a ilegalidade da capitalização de juros, a impossibilidade da cumulação da comissão de permanência com os demais encargos moratórios e da pactuação da multa contratual superior a 2% do valor principal. Por fim, pleiteou a repetição do indébito em dobro.

Apresentação de contrarrazões às fls. 140-154.

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

1 Juros remuneratórios

Sustenta a autora a abusividade dos juros remuneratórios. Pleiteia a limitação do encargo à taxa média de mercado.

Construiu-se o entendimento de que os juros não possuem caráter abusivo, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do contrato, tomando como base lista divulgada pelo Banco Central do Brasil dispendo sobre as taxas médias de juros cobradas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

É o entendimento desta Casa, segundo o positivado no Enunciado nº I do Grupo de Câmaras de Direito Comercial, aprovado na sessão ordinária de 13.12.2006:

Nos contratos bancários, com exceção das cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não é abusiva a taxa de juros remuneratórios superior a 12% (doze por cento) ao ano, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do pacto, divulgada pelo Banco Central do Brasil.

Assim, à luz do entendimento que vem sendo adotado, a revisão dos contratos bancários, no que pertine aos juros remuneratórios, tem como base para aferição de sua abusividade a média de juros praticados pelo mercado financeiro na época da contratação.

A Corte Federal de Uniformização estabeleceu, no julgamento do Recurso Especial n. 1061.530/RS, ao qual foi aplicado o incidente dos recursos repetitivos, quanto aos juros remuneratórios, o seguinte:

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

- 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.

Não se desconhece, entretanto, que a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, acima referida, entende que a taxa média de mercado não pode ser considerada um valor fixo, devendo-se admitir a variação do percentual de juros ajustado, em confronto com as particularidades do caso.

Todavia, esta Câmara já consolidou o entendimento no sentido de que cabe à instituição financeira, em casos tais, comprovar a inexistência de abusividade, dada a aplicação ao caso concreto do instituto da inversão do ônus da prova, com base no Código de Defesa do Consumidor. Veja-se:

Como mencionado, não se pode negar a lógica de tal raciocínio. Entretanto, o que não se pode exigir é que o próprio consumidor demonstre, no caso concreto, que a taxa de juros aplicada é abusiva. Com efeito, ele não possui conhecimentos técnicos e não detém a posse da documentação capaz de demonstrar a dimensão do lucro do banco na operação creditícia.

Na realidade, trata-se de um típico caso de inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), pois se encontra presente a hipossuficiência técnica do consumidor. Sobre o assunto, cita-se (...)

Assim, nos casos em que os juros remuneratórios aplicados são maiores do que a taxa média publicada pelo Bacen, nos quais, portanto, há um forte indício de que a taxa contratada poderia ter sido menor sem nenhum prejuízo aos lucros da instituição financeira, mostra-se razoável exigir que esta, em razão da inversão do ônus da prova, justifique a adoção de um valor maior.

Se o banco, contudo, somente alega a regularidade da taxa de juros remuneratórios, mas não produz nenhuma prova capaz de justificar a superação da média nacional, por razões de equidade, torna-se necessário adotar tal média em substituição à taxa contratada (Apelação Cível n. 2009.046482-3, de Criciúma, Segunda Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 12.08.010).

Dessa maneira, em atenção às normas de ordem pública e interesse social de que trata o Código de Defesa do Consumidor - especialmente os princípios da menor onerosidade e interpretação mais favorável nos contratos de adesão - deve permanecer a taxa média como limitador no caso concreto.

O contrato foi celebrado em julho de 2015 e a taxa média de juros praticada pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional para a operação “pessoas físicas – aquisição de veículos” foi de 24,50% ao ano, enquanto a contratada foi de 27,82% ao ano.

Assim, considerando que a taxa pactuada supera em mais de 10% a média de mercado, verifica-se a abusividade do encargo.

Sobre a questão, *mutatis mutandis*, julgado desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE DIVERSOS CONTRATOS BANCÁRIOS. SENTENÇA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (...) 2. JUROS REMUNERATÓRIOS. (...) 2.2. CONTRATO PARA DESCONTO ROTATIVO DE TÍTULOS, CESSÃO DE CRÉDITOS, COBRANÇA, CUSTÓDIA E DEPÓSITO (FL. 138). ÍNDICE PACTUADO QUE SUPERA A MÉDIA DE MERCADO EM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO). ABUSIVIDADE.

É abusiva a taxa de juros remuneratórios contratada que ultrapassa em mais de 10% (dez por cento) a taxa mensal média de mercado divulgada pelo Bacen. (Apelação Cível n. 0009309-18.2013.8.24.0011, de Brusque, Quarta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Janice Ubiali, j. 24-10-2017)

Desta forma, dá-se provimento ao recurso no ponto para limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado.

2 Capitalização de juros

Sustenta a recorrente a ilegalidade da capitalização mensal de juros no contrato em debate.

Sabe que a possibilidade de incidência da capitalização de juros em contratos bancários exige o cumprimento simultâneo de dois requisitos, quais sejam, a existência de autorização legal e expressa contratação.

A jurisprudência é pacífica ao admitir o encargo nas cédulas de crédito rural (Decreto-Lei n. 167, de 14.02.67), industrial (Decreto-Lei n. 413, de 09.01.69), comercial (Lei n. 6.840/80) e bancário (Lei n. 10.931/04), pois a lei de regência de cada uma dessas modalidades contratuais permite a prática.

Com o advento da Medida Provisória n.º 1.963-17/00 (reeditada sob o n. 2.170-36/01) estendeu-se a cobrança do encargo aos demais ajustes bancários (*Art. 5º: Nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano*), mas assim se admite unicamente para os contratos celebrados após a sua vigência, o que ocorreu em 31.03.2000.

Para os contratos firmados antes dessa data, incide o art. 4º do Decreto 22.626/33: “*É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano*” e a súmula n.º 121, do Supremo Tribunal Federal: “*É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.*”

O tema foi pacificado no Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 539, *in verbis*:

Súmula 539 - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada (REsp 1.112.879, REsp 1.112.880 e REsp 973.827).

In casu, tendo em vista que o contrato foi firmado entre as partes após 31 de março de 2000, a cobrança da capitalização mensal torna-se possível, desde que pactuada.

Sobre o modo de contratação da capitalização de juros nos contratos bancários, havia entendimento no sentido de que a incidência do encargo somente era possível com a existência de cláusula autorizadora expressa.

Todavia, o recente entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula n.º 541, é no sentido de que “*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*”.

In casu, em simples multiplicação da taxa mensal pactuada no contrato firmado por 12, obtém-se um total inferior à taxa anual contratada, tornando-se evidente a capitalização e, conseqüentemente sua contratação.

Assim, no presente caso, tendo em vista a pactuação aritmética do encargo, nega-se provimento ao recurso.

3 Comissão de permanência

Aduz a apelante a ilegalidade da comissão de permanência cumulada com os demais encargos moratórios.

Verifica-se no contrato *sub judice*, entretanto, que não houve pactuação do encargo em tela, sendo descabida a sua cobrança.

Assim, a discussão acerca da ilegalidade de cláusula que estipula a comissão de permanência torna-se inócua, caracterizando-se a ausência de interesse de agir do recorrente neste tocante.

Desta forma, não se conhece do recurso no ponto.

4 Multa contratual

Aduz a recorrente a nulidade da cláusula estipulando multa contratual superior à 2%.

Extrai-se do contrato que a multa foi contratada em 2% sobre o total devido, conforme disposição do art. 52, §1º do CDC.

Assim, ausente prejuízo ao apelante, não se verifica interesse recursal no tópico, motivo pelo qual não se conhece do recurso.

5 Repetição do indébito

Aduz a apelante a necessidade da repetição do indébito em dobro.

Sabe-se que havendo constatação de encargos abusivos nos contratos, devem esses adequarem-se aos parâmetros legais e, quando da liquidação de sentença e após realizada a compensação, caso haja crédito em favor do devedor, esse deve ser restituído, a fim de evitar-se o enriquecimento sem causa.

Contudo, faz-se mister enfatizar que referida devolução será na forma simples, e não em dobro, quando não houver comprovação de má-fé por parte da instituição financeira.

Nesse diapasão, colhe-se entendimento desta Corte:

REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS A DESPEITO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. [...] REPETIÇÃO DO INDÉBITO E COMPENSAÇÃO. ADMISSIBILIDADE NA FORMA SIMPLES.

“À luz do princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, havendo quitação indevida, admite-se a compensação ou repetição do indébito na forma simples em favor do adimplente, independentemente da comprovação do erro” (AC n. 2007.043756-9, de Sombrio, rel. Des. Subst. Robson Luz Varella, j. 13-4-2009). [...] (Apelação Cível n. 2009.018346-6, de Criciúma, Segunda Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 02/05/11).

Sendo assim, quando da liquidação de sentença, caso haja crédito em favor do autor, perfeitamente cabível a repetição do indébito na forma simples, a fim de evitar-se o enriquecimento sem causa.

Portanto, nega-se provimento no ponto e mantém-se a sentença que admitiu a repetição na forma simples.

6 Ônus sucumbenciais

No tocante aos ônus sucumbenciais, o julgamento do recurso, proporcionado pelo efeito devolutivo da apelação, fez surgir nova situação jurídica, impondo nova distribuição da verba sucumbencial.

Assim, diante do parcial provimento ao apelo da autora, devem ser redistribuídos os ônus sucumbenciais, motivo pelo qual esta deve arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas e o requerido com os 50% (cinquenta por cento) restantes, devendo os honorários advocatícios fixados na origem serem redistribuídos na mesma proporção das custas.

7 Honorários recursais

Considerando que o *decisum* vergastado fora publicado após a vigência do NCPC, torna-se necessário verificar eventual aplicabilidade da regra da majoração dos honorários advocatícios no âmbito recursal, consoante as conhecidas orientações a respeito do tema adotadas pelos CNJ e STJ, bem como nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, *in verbis*:

“§ 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.”

Contudo, em que pese o parcial provimento ao recurso interposto, é cediço que a fixação de honorários recursais é incabível na hipótese dos autos, consoante o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, no seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO CONFIGURADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS PARA SANAR O VÍCIO. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. REQUISITOS.

I - Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de

2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: 1. Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”; 2. o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; 3. a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; 4. não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido; 5. não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; 6. não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (STJ, EDcl no AgInt no REsp n. 1.573.573/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 4-4-2017).

Oportunamente, transcreve-se trecho do voto paradigmático no qual a questão sob exame é bem delineada:

“Os honorários advocatícios recursais aplicam-se aos casos de não conhecimento e de improvimento, já que na hipótese de provimento é devolvido ao julgador o integral redimensionamento da sucumbência. No momento desta nova redistribuição dos ônus sucumbenciais, que comporta inclusive eventual inversão, é salutar que o julgador, por questão de coerência com o sistema processual atualmente em vigor, realize a nova fixação dos honorários advocatícios também levando em consideração o trabalho adicional exercido pelo advogado da parte vitoriosa no grau recursal.

O próprio texto legal (§ 11 do art. 85) induz à compreensão de que os honorários recursais serão devidos ao advogado da parte que está vencendo a demanda na origem, quando faz as seguintes afirmações: “majorará os honorários fixados anteriormente” e que são os “honorários devidos ao advogado do vencedor”. Portanto, aquele que já vinha obtendo êxito na demanda e se depara com a insistência da parte contrária na interposição de recurso, é que, em caso de não acolhimento do pleito recursal, deve ser beneficiado pela majoração dos honorários advocatícios fixados em seu favor no Juízo de origem.

[...].

A despeito da existência de diversas correntes doutrinárias acerca do tema, entendo que deve prevalecer a compreensão majoritária de que os honorários advocatícios recursais aplicam-se aos casos de não conhecimento integral ou de não provimento do recurso, na linha da fundamentação acima desenvolvida.”

Sobre o tema, cumpre mencionar que o referido julgado estabeleceu que os honorários advocatícios recursais somente serão cabíveis nas “hipóteses de não conhecimento integral ou improvimento do recurso”, ou seja, não há falar em fixação de estipêndios recursais nos casos de recurso parcialmente provido, o qual é a hipótese dos autos.

Ademais, o entendimento sufragado pela Corte Superior, no que tange às hipóteses em que há parcial provimento ou provimento integral da insurgência, é alicerçado ao fato de que poderá haver o redimensionamento da sucumbência, tendo em vista o caráter devolutivo da apelação e, deste modo, o julgador estaria autorizado a elevar a verba honorária da parte considerada vitoriosa, como uma espécie de nova fixação no âmbito do grau recursal.

Dessa forma, levando-se em conta os critérios alhures, não há falar em arbitramento da verba recursal na presente hipótese, tendo em vista que o provimento parcial do recurso interposto impede a aplicabilidade da regra contida no art. 85, § 11, do NCPC.

Ex positis, conhece-se parcialmente do recurso e dá-se-lhe parcial provimento para limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado (24,50% ao ano), redistribuídos os ônus sucumbenciais nos termos do voto.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0000395-52.2011.8.24.0037, de Joaçaba

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, COM PEDIDOS DE APURAÇÃO E COBRANÇA DE HAVERES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, SOB O FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO DIREITO DO DEMANDANTE.

APELAÇÃO DO REQUERENTE.

PRETENDIDA REFORMA DO *DECISUM*. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE. ÔNUS DO AUTOR. PROVA, ALIÁS, QUE DEVERIA SE DAR DE MANEIRA ESCRITA. DICÇÃO DO ART. 987 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. NÃO COMPROVAÇÃO, OUTROSSIM, DA REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA POR PARTE DO DEMANDANTE. PROVA DA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL PELOS SÓCIOS QUE TAMBÉM SE FAZ NECESSÁRIA AO RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, NESTE CENÁRIO, QUE DEVE SER MANTIDA. RECLAMO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000395-52.2011.8.24.0037, da Comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é Apelante Gilmar da Silveira, e são Apelados Suzana Maria Ferreira Paludo e outro.

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, 30 de agosto de 2018.

Desembargador Tulio Pinheiro

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Joaçaba, Gilmar da Silveira ajuizou ação de dissolução de sociedade comercial de fato, com pedidos de apuração e cobrança de haveres, em face de Suzana Maria Ferreira Paludo, Juliano Ferreira Paludo – ME e Juliano Ferreira Paludo.

Na peça de entrada (fls. 2/12), contou o demandante que, no final do ano de 2007, firmou com Suzana Maria Ferreira Paludo uma sociedade comercial de fato, por meio da qual adquiriram algumas

tendas para locação em eventos. Disse ser o responsável pela contratação e divulgação dos trabalhos, bem como pela montagem e desmontagem das tendas. Asseverou, ainda, que, em razão da expansão dos negócios foi necessária a constituição de uma sociedade comercial para poder participar de licitações e emitir notas fiscais dos trabalhos realizados. Afirmou que, na ocasião, as partes concordaram que a empresa fosse constituída em nome do filho da primeira ré (Juliano Ferreira Paludo), usando o nome fantasia de “*Horus Aluguel de Tendões para Eventos*”, com sede na Rua Almirante Barroso, n. 286, Bairro Tobias, no Município de Joaçaba/SC. Esclareceu que os serviços eram prestados por si e assinados por Suzana, a qual possui procuração outorgada por seu descendente. Salientou que o filho da requerida jamais desenvolveu atividades na empresa. Relatou que, diante de incompatibilidade com Suzana, viu-se obrigado a deixar a sociedade comercial em dezembro de 2010. Salientou, outrossim, que a primeira requerida não aceitou a divisão amigável dos bens da pessoa jurídica, o que o motivou a ingressar em juízo. Diante disso, requereu que fosse determinada, liminarmente, a indisponibilidade dos bens da sociedade ré ou mesmo a impossibilidade de alienação destes. No tocante ao mérito, pleiteou a procedência da *actio*, com a dissolução da sociedade e apuração do patrimônio e divisão de bens. Ao final, requereu a concessão do benefício da justiça gratuita (fls. 2/12). A fim de corroborar suas assertivas, acostou aos autos, dentre outros documentos: cópia da procuração outorgada pela empresa ré à Suzana Maria Ferreira Paludo (fls. 15/16); comprovante de inscrição e de situação cadastral (fl. 17); consulta de veículo de propriedade da empresa demandada (fl. 18); orçamentos referentes a alugueis de tendas (fls. 19/21); Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, assinada pelo demandante no campo destinado à empresa ré (fl. 22).

Às fls. 24/27, Sua Excelência indeferiu o pedido de indisponibilidade de bens e, por outro lado, concedeu o benefício da justiça gratuita ao demandante.

Citados, os réus apresentaram resposta na forma de contestação.

Em sua defesa (fls. 38/47), a ré Suzana Maria Ferreira Paludo narrou ter mantido uma união estável com o autor, o qual nunca participou da sociedade empresária de seu filho. Disse que, na época, o demandante era funcionário da prefeitura, sendo que apenas, eventualmente, auxiliava nas atividades da empresa. Esclareceu, também, ter sido apenas funcionária da empresa, consoante afirmou fazer prova sua carteira de trabalho. Por derradeiro, requereu a improcedência da ação, com a condenação do requerente por litigância de má-fé. Juntou ao caderno processual os documentos de fls. 67/74.

Por sua vez, Juliano Ferreira Paludo ME e Juliano Ferreira Paludo, representante legal da pessoa jurídica, nas peças de defesa apresentadas (fls. 58/66 e 75/83), negaram a participação do autor na sociedade empresarial em questão, o qual, segundo sustentaram, foi apenas funcionário eventual. Por derradeiro, postularam a condenação do requerente por litigância de má-fé. Foi anexada documentação (fls. 67/74 e 84/136).

O autor manifestou-se acerca das peças de defesa, apresentando documentos (fls. 139/143 e 144/155, respectivamente).

Novas manifestações dos réus (fls. 162/169).

Foi realizada audiência, ocasião em que houve a oitiva de testemunhas (termo de fl. 242).

Na sequência, restaram apresentas alegações finais (fls. 246/257).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz Edemar Gruber julgou improcedente a demanda. Ainda, condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, com as ressalvas suspensivas de exigibilidade, porquanto beneficiário o demandante da gratuidade da justiça (fls. 258/264).

Irresignado, o demandante apelou, postulando a procedência da *actio* (fls. 281/287).

Com as contrarrazões (fls. 291/296), foram os autos remetidos a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação de dissolução de sociedade comercial de fato, com pedidos de apuração e cobrança de haveres, ajuizada por Gilmar da Silvairia em face de Suzana Maria Ferreira Paludo e Juliano Ferreira Paludo – ME, representada por seu sócio titular Juliano Ferreira Paludo.

Na peça inicial, aduziu o demandante que, no final do ano de 2007, firmou com Suzana Maria Ferreira Paludo uma sociedade comercial de fato, por meio da qual adquiriram algumas tendas para locação em eventos. Disse, ainda, ser o responsável pela contratação e divulgação dos trabalhos, bem como pela montagem e desmontagem das tendas. Asseverou, ainda, que, em razão da expansão dos negócios foi necessária a constituição de uma sociedade comercial para poder participar de licitações e emitir notas fiscais dos trabalhos realizados. Afirmou que, na ocasião, as partes concordaram que a empresa fosse constituída em nome do filho da primeira ré (Juliano Ferreira Paludo), usando o nome fantasia de “*Horus Aluguel de Tendas para Eventos*”. Relatou que, diante de incompatibilidade com Suzana, viu-se obrigado a deixar a sociedade comercial em dezembro de 2010. Salientou que a indigitada requerida não aceitou a divisão amigável dos bens da pessoa jurídica, razão pela qual se viu obrigado a ingressar com a presente *actio*.

Em contestação, os requeridos negaram a existência de sociedade comercial entre as partes e pugnaram pela improcedência da demanda. Afirmaram, em síntese, que o demandante manteve relação amorosa com a demandada Suzana Maria Ferreira Paludo e que, em virtude disso, prestava, eventualmente, serviços à firma individual Juliano Ferreira Paludo – ME (de propriedade do filho daquela, Juliano Ferreira Paludo).

Na decisão combatida, o juízo de origem acolheu a tese dos demandados e julgou improcedente o pedido inicial.

No recurso em voga, o apelante reprisa as alegações lançadas na peça de entrada e nas réplicas. Neste sentido, afirma que a documentação juntada ao caderno processual não deixa dúvidas de que participava efetivamente das negociações dos eventos realizados pela pessoa jurídica demandada, e não apenas “*ajudava na montagem*”. Por outro lado, registra que o fato de, na época ser funcionário da prefeitura, não o impediu de atuar na sociedade empresária, uma vez que o horário do expediente era

das 13 horas às 19 horas. Ao final, alega que a prova testemunhal comprova a existência da sociedade empresarial.

Analisando os autos, contudo, tem-se que não merece acolhimento a pretensão recursal.

De acordo com o art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, é do autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito.

E, no caso, o recorrente não logrou demonstrar, como deveria, a existência da relação societária aventada.

Primeiro porque, a prova da existência da sociedade deve se dar de maneira escrita, a teor do que preceitua o art. 987 do Código Civil, *in verbis*: “Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.”.

A propósito, leciona André Luís Cruz Ramos:

(...) Uma preocupação específica do Código em relação à disciplina das sociedades contratuais em formação foi regular a prova da sua existência, já que elas não possuem registro e, conseqüentemente, são despidas de personalidade jurídica (...) se quem necessita provar a existência da sociedade são os seus próprios sócios com a finalidade, por exemplo, de discutir a partilha dos investimentos, só se admite a prova por escrito, ou seja, a apresentação do instrumento contratual. (O Direito de Empresa no Código Civil - Comentários ao Livro II. Método, 2011, pg. 53).

O entendimento desta Corte, outrossim, não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. (...) SOCIEDADE COMERCIAL DE FATO (SOCIEDADE EM COMUM) – RECONHECIMENTO PRETENDIDO POR UM DOS SÓCIOS – OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO (CC/2002, ART. 104), BEM COMO DA NECESSIDADE DE PROVA ESCRITA – EXEGESE DO ART. 987 DO CC/2002 – DECLARAÇÃO, FIRMADA EM CARTÓRIO PELO SÓCIO FALECIDO, QUE EVIDENCIA A UNIÃO DE ESFORÇOS PARA AQUISIÇÃO DE UM CAMINHÃO PARA TRANSPORTE DE CARGAS – ACERVO PROBATÓRIO QUE CORROBORA A PARCERIA - PARTE AUTORA QUE CUMPRE O ÔNUS PROBATÓRIO IMPOSTO PELO ART. 333, I, DO CPC/1973, CORRESPONDENTE AO ART. 373, I, DO CPC/2015 - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0001998-73.2007.8.24.0079, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 30.11.2017).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DO AUTOR. ALEGADA COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE AS PARTES PARA COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS. PROVAS INSUFICIENTES DA CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NÃO COMPROVADO DE FORMA SATISFATÓRIA. ÔNUS QUE LHE COMPETIA. ART. 333, I, DO CPC. PROVA, ALIÁS, QUE DEVERIA SER EFETIVAMENTE ESCRITA. ART. 987 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E

DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2011.072970-2, rel.^a Des.^a Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 16.10.2014).

Por fim:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE C/C ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO PARA QUE SEJA JULGADO. NÃO CONHECIMENTO. ALEGADA SOCIEDADE DE FATO ENTRE AS PARTES PARA ATUAREM NAS AÇÕES REFERENTES ÀS PERDAS DO FGTS COM OS PLANOS VERÃO E COLLOR I. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*, REQUISITO CONFIGURADOR DAS SOCIEDADES CIVIS. **PROVA DOCUMENTAL NECESSÁRIA INEXISTENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 987 DO CC. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA AO AUTOR. EXEGESE DO ARTIGO 333, I DO CPC. (...) (Apelação Cível n. 2009.012869-7, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 22.06.2010) (grifou-se).**

Segundo porquanto, é sabido que “devem estar provados os elementos específicos que dão o tom societário ao ato jurídico, a saber: a contribuição para o capital social, a participação nos lucros e nas perdas e a *affectio societatis*.” (TJSP, Apelação Cível n. 1013458-51.2016.8.26.0602, rel. Des. Maurício Pessoa, j. em 22.05.2018), o que, porém, não se verificou na hipótese (o mesmo no que toca ao primeiro requisito).

Com efeito, o recorrente não comprovou a integralização do capital social, de sorte que não há como se reconhecer a existência de uma sociedade de fato (v.g. TJSP, Apelação 9134278-72.2006.8.26.0000, rel. Des. Ribeiro da Silva, j. em 24.11.2010).

Desta feita, não há, reitera-se, prova do direito alegado pelo demandante, razão pela qual deve ser mantida incólume a sentença de improcedência, a qual, aliás, adota-se como razões de decidir:

(...) Considerando que não foram arguídas preliminares, tratar-se-á diretamente do mérito do presente feito.

A pretensão do autor, basicamente, é pela dissolução de uma sociedade comercial de fato iniciada em conjunto com a primeira ré, ao final de 2007, para posterior apuração do capital adquirido em sua constância e divisão dos bens entre os sócios.

Em relação a esta sociedade, menciona que devido à expansão dos negócios foi necessária a criação de uma sociedade comercial devidamente registrada, para que fosse possível a emissão de notas fiscais e demais documentos exigidos em licitações e afins. Assim, foi constituída uma empresa em nome de Juliano Ferreira Paludo (terceiro réu), a qual recebeu a razão social de JULIANO FERREIRA PALUDO ME (segunda ré), sendo que o autor e a primeira ré continuaram desenvolvendo seus trabalhos como antes, porém, sem qualquer contrato social que definisse alguma sociedade na empresa recém formada.

Em fase de defesa, as requeridas apresentaram argumentos semelhantes, alegando, em resumo, que o autor jamais teve participação em qualquer negócio com a primeira ré, sendo que apenas conviveram em União Estável por um período de tempo, no entanto, na empresa de Juliano Ferreira Paludo o autor jamais teve participação societária, sendo que apenas prestou serviços na qualidade de “auxiliar”, até porque, na época de funcionamento da empresa não poderia ser contratado em definitivo, uma vez que o mesmo era funcionário público municipal e por este motivo não dispunha de muito tempo livre para estas atividades.

Neste contexto, tendo em vista a pretensão do autor, é de suma importância destacar as condições necessárias para se iniciar uma sociedade, quais sejam, em conformidade com o art. 981 do CC:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Ou seja, os sócios devem atuar em conjunto de modo a contribuir para um fim comum, porém, não se pode confundir sócio com empregado, afinal, por mais que ambos prestam serviços à empresa, existem algumas diferenças cruciais entre eles.

Para caracterizar o sócio, por exemplo, devem ser analisados alguns requisitos cruciais, os quais são elencados pelo nobre doutrinador Amador Paes de Almeida, como: cooperação recíproca, formação e administração do capital social e responsabilidade para com terceiros (ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais, p. 51, 2012).

Nos presentes autos, entretanto, verifica-se apenas a existência de cooperação por parte do autor, inexistindo comprovação a respeito da formação e administração do capital social e a responsabilidade para com terceiros, o que impossibilita o reconhecimento de uma sociedade entre as partes.

O que restou comprovado, pelas informações e documentos juntados aos autos é o fato de que as partes conviveram em União Estável por um período de tempo, e, em decorrência deste relacionamento, o autor mantinha uma relação empregatícia com a empresa requerida, uma vez que, eventualmente, prestava serviços a mesma.

Todavia, os serviços eram prestados pelo autor na qualidade de empregado, e não de sócio, afinal, não era o responsável pelos serviços, apenas atuava em nome da empresa, intermediando contratações, montando e desmontando os equipamentos utilizados, enfim, trabalhos que um funcionário de confiança faz.

No que diz respeito à formação e administração do capital da empresa, cabe ressaltar que o autor não comprova absolutamente nada, apenas formula uma alegação vaga na petição inicial no sentido de que foi o responsável, em conjunto com a primeira ré, pela formação do patrimônio da sociedade comercial de fato ao final do ano de 2007, porém, não junta ao processo qualquer documento capaz de provar sua alegação.

Em vista disto, considerando que o autor apenas prestou serviços à empresa ré, entendo ser impertinente e indevido acolher os pedidos elencados à exordial.

Em caso semelhante, segue decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL. RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E APURAÇÃO DE HAVERES. FEITO QUE CARECE DE QUALQUER ADMINÍCULO DE PROVA CAPAZ DE CORROBORAR A TESE DO POSTULANTE DE QUE FIGURAVA NA SOCIEDADE COMO SÓCIO. SUPOSTO DOCUMENTO DE CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE QUE NÃO SERVE PARA CORROBORAR A TESE DE QUE O APELANTE FIGURAVA COMO SÓCIO CONJUNTAMENTE COM OS REUS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA POR FUNDAMENTOS DIVERSOS. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N°

70013976212, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 24/04/2008) (grifo nosso)

Deste modo, considerando que o autor não preencheu os requisitos necessários para comprovar a sociedade existente com a primeira ré na constituição da empresa em que ambos trabalhavam, não é possível dissolver a sociedade, até porque, a mesma nunca existiu. (...) (fls. 260/263) (grifos no original).

Ante todo o exposto, impõe-se conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 0033418-27.2016.8.24.0000, de Criciúma

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO ORIUNDO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO, GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS.

RECURSO INTERPOSTO CONTRA DUAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.

PRIMEIRO *DECISUM* QUE RECONHECEU A SUJEIÇÃO DO CRÉDITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL, DADA A AUSÊNCIA DE REGISTRO DO INSTRUMENTO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS COMPETENTE, BEM COMO DIANTE DA POSSIBILIDADE DE A CHAMADA “TRAVA BANCÁRIA” IMPLICAR NA QUEBRA ANTECIPADA DAS SOCIEDADES AGRAVADAS.

SEGUNDA DECISÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA CASA BANCÁRIA ORA AGRAVANTE, AO FUNDAMENTO DE QUE, APESAR DE O REGISTRO TER SIDO COMPROVADO, A INCLUSÃO DO CRÉDITO COM GARANTIA FIDUCIÁRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL É DEVIDA PARA FINS DE SE EVITAR A FALÊNCIA DAS EMPRESAS AGRAVADAS.

PETIÇÃO SUPERVENIENTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RECORRENTE.

DEFENDIDA PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, EM RAZÃO DE AS PARTES TEREM FIRMADO ACORDO, PELO QUAL RECONHECERAM A NÃO SUJEIÇÃO AOS TERMOS DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE PORÇÃO DO CRÉDITO ORA EM DEBATE. INOCORRÊNCIA. TRANSAÇÃO QUE, ALÉM DE AINDA NÃO TER SIDO HOMOLOGADA NA ORIGEM, AFASTOU DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL APENAS PARTE DO CRÉDITO EM DISCUSSÃO. RECLAMO, NESTE CENÁRIO, NÃO PREJUDICADO. JULGAMENTO IMPERATIVO.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA.

ALEGADA NÃO SUJEIÇÃO DO CRÉDITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL, AOS ARGUMENTOS DE QUE: EFETIVADA A AVERBAÇÃO DA GARANTIA NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS COMPETENTE; NÃO CABIMENTO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA AO CASO. PROVIMENTO DO RECLAMO QUE SE IMPÕE. HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE RESTOU COMPROVADO O REGISTRO DO INSTRUMENTO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA NO RESPECTIVO CARTÓRIO. MEDIDA, ALIÁS, DESNECESSÁRIA PARA EMPRESTAR-LHE VALIDADE E FORÇA VINCULATIVA ENTRE AS LITIGANTES CONTRATANTES, A TEOR DO ART. 66-B, *CAPUT* E § 1º, DA LEI N. 4.728/65. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE, INCLUSIVE DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. REGISTRO NECESSÁRIO APENAS PARA A GARANTIA SER OPONÍVEL A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA, POR OUTRO LADO, DE PROVA NOS AUTOS DE QUE A EXECUÇÃO DA GARANTIA ENSEJARIA NA QUEBRA ANTECIPADA DAS SOCIEDADES. CRÉDITO ORA EM COMENTO QUE NÃO DEVE SE SUBMETER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CONSOANTE EXEGESE DO ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. DECISÕES AGRAVADAS REFORMADAS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. LIMINAR CONCEDIDA NESTA INSTÂNCIA MANTIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0033418-27.2016.8.24.0000, da Comarca de Criciúma (1ª Vara da Fazenda), em que é Agravante Santinvest S/A Crédito Financiamento e Investimentos, e são Agravados Coquesul – Coque Sul Brasileiro Indústria e Comércio Ltda (em recuperação judicial) e outros.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, afastar a tese de prejudicialidade do agravo de instrumento, aventada na petição protocolizada sob o n. 2018.00035610-4 e acostada às fls. 210/211, e conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar as decisões agravadas, a fim de não submeter o crédito da agravante à recuperação judicial, confirmando a liminar deferida nesta instância. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 16 de agosto de 2018.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto por Santinvest S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos contra duas decisões exaradas pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Criciúma, na Ação de Recuperação Judicial n. 0303856-34.2016.8.24.0020, deflagrada por Coque Sul Brasileiro Indústria e Comércio Ltda., Coque Sul do Brasil Ltda., CYSY Mineração Ltda. e SRF Administração, Participação e Comércio Ltda., ora agravadas.

No primeiro *decisum* combatido (cópia às fls. 76/87), a MM.^a Juíza Eliza Maria Strapzzon reconheceu a sujeição do crédito a que a instituição financeira tem direito, oriundo da Cédula de Crédito Bancário n. 10625523, garantida por cessão fiduciária de créditos, à recuperação judicial, em razão da ausência de prévio registro em cartório extrajudicial, bem como da possibilidade de a chamada “trava bancária” implicar na quebra antecipada das sociedades agravadas.

Já na segunda decisão interlocutória (cópia às fls. 88/94), a togada atuante no feito rejeitou os embargos de declaração opostos pela casa bancária agravante, ao fundamento de que, apesar de o registro ter sido comprovado, a inclusão dos créditos em garantia fiduciária no Plano de Recuperação Judicial faz-se devida para fins de se evitar a falência das empresas agravadas.

Na presente irresignação, busca a casa bancária agravante a reforma das referidas decisões. Argumenta, para tanto, que o crédito oriundo da Cédula de Crédito Bancário n. 10625523, garantida por cessão fiduciária de créditos, não se sujeita à recuperação judicial. A este respeito, afirma que a garantia encontra-se devidamente registrada em cartório extrajudicial. No mais, aduz que o princípio da preservação da empresa, além de não ter sido trazido à baila pelas partes, não é cabível na hipótese, sobretudo diante da inexistência de prova nos autos de que a execução da garantia ensejaria na quebra antecipada das sociedades agravadas (fls. 2/26).

Ao receber o recurso mediante distribuição à Câmara Civil Especial, o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho concedeu o efeito suspensivo (fls. 184/186).

Com as contrarrazões (fls. 190/201), vieram os autos conclusos.

Após a inclusão do feito em pauta de julgamento, sobreveio petição da instituição financeira agravante, protocolizada sob o n. 2018.00035610-4 e acostada às fls. 210/211, acompanhada dos documentos de fls. 212/223, na qual defendeu a prejudicialidade do presente reclamo.

Este é o relatório.

VOTO

Volta-se o recurso interposto por Santinvest S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos contra duas decisões exaradas pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Criciúma, na Ação de Recuperação Judicial n. 0303856-34.2016.8.24.0020, deflagrada por Coque Sul Brasileiro Indústria e Comércio Ltda., Coque Sul do Brasil Ltda., CYSY Mineração Ltda. e SRF Administração, Participação e Comércio Ltda., ora agravadas.

No primeiro *decisum* combatido (cópia às fls. 76/87), a MM.^a Juíza Eliza Maria Strapzzon reconheceu a sujeição do crédito a que a instituição financeira tem direito à recuperação judicial, em razão da ausência de prévio registro em cartório extrajudicial, bem como da possibilidade de a chamada “trava bancária” implicar na quebra antecipada das sociedades agravadas.

Já na segunda decisão interlocutória (cópia às fls. 88/94), a togada atuante no feito rejeitou os embargos de declaração opostos pela casa bancária agravante, ao fundamento de que, apesar de o registro ter sido comprovado, a inclusão dos créditos em garantia fiduciária no Plano de Recuperação Judicial é devida para fins de se evitar a falência das empresas agravadas.

Pois bem. Antes de adentrar no mérito do recurso, cumpre afastar a aventada prejudicialidade do agravo de instrumento, defendida na petição superveniente ofertada pela instituição financeira.

Com efeito, alegou a recorrente que, em razão de as partes terem firmado acordo, pelo qual reconheceram a não sujeição aos termos do Plano de Recuperação Judicial de porção do crédito ora em debate, o presente julgamento se faz desnecessário.

Sem razão, contudo, a casa bancária peticionante.

Isto porque, além de a referida transação ainda não ter sido homologada na origem, afastou dos efeitos da recuperação judicial apenas parte do crédito, sendo, neste cenário, útil e necessário o desfecho do presente julgamento.

Dito isso, passa-se ao exame do recurso, pelo qual, lembrando, busca a casa bancária agravante a reforma das decisões citadas linhas acima.

Argumenta, para tanto, que o crédito oriundo da Cédula de Crédito Bancário n. 10625523, garantida por cessão fiduciária de créditos, não se sujeita à recuperação judicial. A este respeito, afirma que a garantia encontra-se devidamente registrada em cartório extrajudicial. No mais, aduz que o

princípio da preservação da empresa, além de não ter sido trazido à baila pelas litigantes, não é cabível na hipótese, sobretudo diante da inexistência de prova nos autos de que a execução da garantia ensejaria na quebra antecipada das sociedades agravadas.

O reclamo, adianta-se, merece acolhida.

Consoante se infere dos autos, o crédito objeto da controvérsia é oriundo da Cédula de Crédito Bancário n. 10625523, garantida por cessão fiduciária de créditos resultantes de pacto de fornecimento de pó de carvão aditivado (cópia da avença às fls. 490/494 do Volume Anexo 2).

E, de acordo com o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, os créditos com garantia de cessão fiduciária não se sujeitam à recuperação judicial, *in verbis*:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...) § 3º **Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis** ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, **seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais**, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (destacou-se).

Por outro lado, consoante o art. 66-B, *caput* e § 1º, da Lei n. 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, verifica-se ser prescindível a averbação em cartório da garantia ora em questão para que tenha validade e força vinculativa entre as partes. Veja-se:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

A propósito, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito das turmas de direito privado. A título ilustrativo, cita-se:

1. O STJ entende que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial do devedor os direitos de crédito cedidos fiduciariamente por ele em garantia de obrigação representada por Cédula de Crédito Bancário existentes na data do pedido de recuperação, independentemente de a cessão ter ou não sido inscrita no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.

2. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei n. 4.728/1965, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei n. 10.931/2004) à cessão fiduciária

de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.. Questão que não tenha sido detidamente apreciada na instância estadual não pode ser analisada nesta Corte Superior, por ausência de prequestionamento.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.009.521/AL, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 21.11.2017) (negritou-se).

O entendimento deste Sodalício, ademais, não destoia:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONSIDEROU DESNECESSÁRIO O REGISTRO DOS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS PARA SUA VALIDADE E, POR CONSEQUENTE, PELA EXCLUSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO DAS AUTORAS EM RECUPERAÇÃO. 1 - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE REGISTRO PARA VALIDADE DOS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA E EXCLUSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.361, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL/2002, QUE SE REFERE AOS BENS MÓVEIS INFUNGÍVEIS. CASO DOS AUTOS QUE TRATA DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS DE RECEBÍVEIS (DUPLICATAS MERCANTIS). ENTENDIMENTO SUSTENTADO EM PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CÂMARA. DESPROVIMENTO NO PONTO.

“1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que **a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.** 2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que “as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”. 2.1 Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada. 3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei n. 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei n. 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna. 3.1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2 Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado 'inclusive contra o próprio cedente'; o direito de 'receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente', a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro. 3.3 Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro. 3.4 Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei n. 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, "para valer contra terceiros", ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada. De se notar que o credor titular da posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios (excluído dos efeitos da recuperação judicial, segundo o § 3º do art.

49 da Lei n. 11.101/2005) não opõe essa garantia real aos credores da recuperanda, mas sim aos devedores da recuperanda, o que robustece a compreensão de que a garantia sob comento não diz respeito à recuperação judicial. Assentado que está que o direito creditício sobre o qual recai a propriedade fiduciária é de titularidade (resolúvel) do banco fiduciário, este bem, a partir da cessão, não compõe o patrimônio da devedora fiduciante - a recuperanda, sendo, pois, inacessível aos seus demais credores e, por conseguinte, sem qualquer repercussão na esfera jurídica destes. Não se antevê, por conseguinte, qualquer frustração dos demais credores da recuperanda que, sobre o bem dado em garantia (fora dos efeitos da recuperação judicial), não guardam legítima expectativa. 4. Mesmo sob o enfoque sustentado pelas recorrentes, ad argumentandum, caso se pudesse entender que a constituição da cessão fiduciária de direitos creditícios tenha ocorrido apenas com o registro e, portanto, após o pedido recuperacional, o respectivo crédito, também desse modo, afastar-se-ia da hipótese de incidência prevista no caput do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, in verbis: "Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos". 5. Recurso especial provido, para restabelecer a decisão de primeiro grau que acolheu a impugnação apresentada pelo Banco recorrente, para excluir dos efeitos da recuperação judicial seu crédito, garantido pela cessão fiduciária. (REsp n. 1.412.529/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 17-12-2015). PRECEDENTE DESTA CÂMARA: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO EM AÇÃO FALIMENTAR. DECISÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NO INCIDENTE IMPUGNATÓRIO. RECURSO DA CASA BANCÁRIA IMPUGNANTE. [...] RAZÕES RECURSAIS DA CASA BANCÁRIA IMPUGNANTE. PLEITO DE PERMANÊNCIA DO SEU CRÉDITO NO BOJO DA FALÊNCIA, COM A CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DA SUA POSIÇÃO PARA A CLASSE DOS CREDORES TITULARES DE CRÉDITOS COM GARANTIA REAL. IMPOSSIBILIDADE. CÉDULA DE CRÉDITO FIRMADA ENTRE AS PARTES GARANTIDA POR INSTRUMENTO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO E DE DIREITOS CREDITÓRIOS. MODALIDADE QUE NÃO SE SUJEITA ÀS IMPLICAÇÕES DO PROCESSO FALIMENTAR. "Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005". (STJ, REsp 1412529/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 17-12-2015, DJe 2-3-2016) [...] Ainda, o crédito não se sujeita aos efeitos da recuperação mesmo quando o contrato não esteja registrado na forma do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Isso porque "não há obrigatoriedade de registro do instrumento de cessão fiduciária, para que a obrigação se forme validamente, vinculando cedente e cessionário. O registro, portanto, é necessário apenas para tornar a cessão oponível a terceiros, mas não para emprestar-lhe

validade e força vinculativa entre as partes” (TJMT, AI 84840/2013, Desa. Marilsen Andrade Addario, j. 16-10-2013). Outrossim, o indigitado registro não é um requisito previsto pela Lei de Recuperação Judicial, n. 11.101/2005, tampouco pela Lei 10.931/2004, aplicável à cédula de crédito bancário [...]” (Agravo de Instrumento n. 0152953-81.2015.8.24.0000, de São Miguel do Oeste, Câmara Especial Regional de Chapecó, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 19-9-2016). [...]”. (Agravo de Instrumento n. 0133278-35.2015.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Rejane Andersen, j. 9-5-2017). (...) (Agravo de Instrumento n. 4008626-38.2016.8.24.0000, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 24.10.2017) (sem grifos no original).

Deste Órgão Fracionário, cita-se ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE DETERMINOU A QUEBRA DA TRAVA BANCÁRIA DOS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA FIRMADOS ENTRE AS PARTES, PROIBINDO A RETENÇÃO DE VALORES DECORRENTES DA LIQUIDAÇÃO DOS CORRESPONDENTES ATIVOS, SALVO SE AS GARANTIAS FIDUCIÁRIAS ESTIVESSEM REGISTRADAS EM CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS EM DATA ANTERIOR AO PEDIDO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO. NÃO SUBMISSÃO AO PLANO. EXEGESE DO ARTIGO 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBMISSÃO DOS CONTRATOS A PROCESSO JUDICIAL NO QUAL AS PARTES TRANSIGIRAM. CONDIÇÃO QUE NÃO DESCARACTERIZA A NATUREZA EXTRAONCORSAL DOS CRÉDITOS. DESNECESSIDADE DE REGISTRO DO CONTRATO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4009548-79.2016.8.24.0000, rel. Des. Jaime Machado Junior, j. em 20.07.2017).

O registro, cumpre destacar, faz-se necessário apenas para que a garantia seja oponível a terceiros (v.g. TJSP, Agravo de Instrumento 2174869-15.2017.8.26.0000, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 18.12.2017).

Aliás, *in casu*, ficou comprovado o registro do instrumento de constituição da garantia no respectivo Cartório, antes mesmo do pedido de recuperação judicial, como bem destacou a magistrada de primeiro grau, na decisão que rejeitou os aclaratórios opostos pela ora recorrente (confira-se à fl. 92, último parágrafo). Por conseguinte, irrelevante a discussão acerca de sua (des)necessidade.

No tocante ao princípio da preservação da empresa à hipótese, razão assiste à agravante ao afirmar ser inaplicável ao caso.

Isto porque, de fato, não consta nos autos nenhuma prova de que a execução da garantia ensejaria na quebra antecipada das sociedades agravadas, sendo certo de que o simples fato daquela possuir o montante total igual a R\$ 4.623.417,33 (quatro milhões, seiscentos e vinte e três mil, quatrocentos e dezessete reais e trinta e três centavos) não permite concluir o contrário.

Não fosse isso, como bem elucidou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2013.046475-4, ocorrido em 8.10.2013:

(...) não se pode querer dar guarida aos argumentos despendidos pela agravada, pois que, a uma não se está analisando o mérito negocial estabelecido entre as partes por ocasião da formulação dos contratos, matéria afeta ao processo ordinário, mas tão somente a legalidade daqueles à não submissão à recuperação judicial, o que, inclusive, não afeta a função social da empresa.

Convenhamos, reconhecer que os referidos contratos com garantia fiduciária se submetem ao concurso de credores é dar azo às instituições financeiras para que tornem mais rígidas, severas, as regras para o fornecimento do crédito ou, ainda, elevem os juros.

Logo, a má gestão de uma empresa não pode servir de âncora para essa interpretação sob o pano de fundo de que inviabiliza a função social ou macula regras legais, pelo contrário, ao nosso sentir, incluir os contratos em voga em concurso de credores na melhor das hipóteses tornará o crédito mais difícil e, quiçá, inviabilizar-se-á o funcionamento de uma vasta gama de outras empresas.

A regra do artigo supracitado é clara e, nesse aspecto, não há óbice ao reconhecimento de que os contratos em voga se inserem na trava do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. (...).

Ante o exposto, impõe-se afastar a tese de prejudicialidade do agravo de instrumento, aventada na petição protocolizada sob o n. 2018.00035610-4 e acostada às fls. 210/211, e conhecer e dar provimento ao recurso para, reformando as decisões combatidas, não submeter o crédito oriundo da Cédula de Crédito Bancário n. 10625523 à recuperação judicial, confirmando a liminar deferida nesta instância.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0501274-43.2013.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

CRÉDITO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. REVISÃO DE CONTRATO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. APELO DE AMBAS AS PARTES.

APELO DO AUTOR.

PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE E DA LEGALIDADE. AGITAÇÃO DE MATÉRIAS NÃO VEICULADAS EM SEDE DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

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 debate e julgamento na origem.

CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENDIDA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE.

Não ocorre cerceamento de defesa na hipótese em que o magistrado entende que o feito está suficientemente instruído e julga a causa sem a produção de prova testemunhal ou pericial, pois os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução.

JUROS REMUNERATÓRIOS. VERIFICAÇÃO DA ABUSIVIDADE QUE SE PAUTA NA TAXA MÉDIA DE MERCADO, ADMITIDA CERTA VARIAÇÃO. ORIENTAÇÃO DO STJ. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA.

Na esteira do entendimento delineado pelo STJ, 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.

Não extrapolada tal margem, deve incidir na hipótese a taxa de juros prevista no contrato.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. ENCARGO ADMITIDO, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PACTUADO. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 973.827.

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).

O STJ entende que havendo previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal, é permitida a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA NA HIPÓTESE DE INADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE. RESPALDO LEGISLATIVO.

É legítima a incidência da cláusula de vencimento antecipado da dívida, na hipótese de inadimplemento contratual, uma vez que admitida pelo ordenamento jurídico (art. 1.452, inciso III, do CC/02; art. 54, §2º do CDC e art. 28, §1º, inciso II, da Lei n. 10.931/04).

Outrossim, entender como abusiva a cláusula de vencimento antecipado, além de ferir a previsão legislativa,

seria admitir que o contratante se beneficiasse da situação de inadimplência, uma vez que o credor não poderia exigir o cumprimento da integralidade da obrigação até o fim do prazo de parcelamento.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COROLÁRIO DA APURAÇÃO DA COBRANÇA DE VALORES ILEGAIS E ABUSIVOS. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DO ERRO. DEVOLUÇÃO SIMPLES.

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.

Em atenção ao entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, a restituição dos valores deve se dar de forma simples.

DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA PELO STJ NO RESP. REPETITIVO N. 1.061.530/RS.

O afastamento da mora do consumidor 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.

Não constatadas abusividades nos encargos incidentes no período de normalidade, não se justifica a descaracterização da mora debendi.

APELO DA RÉ.

REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. VIABILIDADE. INCIDÊNCIA DAS NORMAS PROTETIVAS DO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 297 DO STJ. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. ENCARGOS ANALISADOS NA SENTENÇA.

Em atenção ao art. 6º, inciso V e ao art. 51, ambos previstos no CDC, é patente a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das cláusulas contidas nos contratos que instrumentalizam as relações de consumo, especialmente com o fim de aniquilar as arbitrariedades comumente inseridas nos contratos de adesão, tal como nos contratos de natureza bancária.

TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC) E TARIFA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). RUBRICAS NÃO PREVISTAS NO PACTO. REFORMA DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A NULIDADE DA COBRANÇA, ANTE A AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA PARTE AUTORA. EXTINÇÃO DO FEITO, NO PONTO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC/15.

Carece de interesse processual o contratante que pede pela exclusão da cobrança de tarifas que sequer foram cobradas no contrato submetido à revisão pelo Poder Judiciário.

PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCOS EM VIRTUDE DA COBRANÇA EXTRAJUDICIAL DO DÉBITO. CABIMENTO, DESDE QUE PREVISTA DE MODO IGUALITÁRIO ENTRE OS MUTUÁRIOS. NÃO OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE.

Consoante dispõe o art. 51, inciso XII, do CDC, é nula, de pleno direito, a cláusula contratual que obrigue “o consumidor a ressarcir os custos da cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor”.

Todavia, a previsão contratual de pagamento de honorários advocatícios, entendidos como despesas de cobrança em razão do inadimplemento, não se releva ilegal somente se pactuada de forma recíproca entre os contratantes.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR MANIFESTAR-SE ACERCA DE TODOS OS DISPOSITIVOS DE LEI INVOCADOS.

É cediço que não há necessidade de o Magistrado - nem de os Órgãos Colegiados - pronunciar-se acerca de

todos os dispositivos legais invocados pelas partes, pois a aplicação do direito ao caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, realizada de forma motivada, a fim de atender ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, apresenta-se como suficiente.

HONORÁRIOS RECURSAIS. INCIDÊNCIA. “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” (enunciado administrativo nº 7 do STJ).

A fixação é imperativa, razão pela qual ocorre independentemente do pedido, tratando-se, pois, de uma consequência lógica, haja vista que, com a interposição do apelo, houve a necessidade de trabalho adicional.

APELO DO AUTOR CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

APELO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0501274-43.2013.8.24.0033, da comarca de Itajaí Vara Regional de Direito Bancário em que são apte/apdo BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento e apdo/apte Leonardo Augusto Rupp.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, (a) conhecer em parte do recurso interposto pelo autor e negar-lhe provimento; (b) conhecer do apelo interposto pela demandada e dar-lhe parcial provimento apenas para julgar improcedente pedido formulado na inicial para eliminação da cobrança da tarifa de abertura de crédito (TAC) e tarifa de emissão de carnê (TEC), nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC/15. Na forma do art. 85, § 11º, do CPC, fixar os honorários advocatícios recursais no valor de R\$500,00 (quinhentos reais) em favor dos causídicos de ambas as partes. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Túlio Pinheiro, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 02 de agosto de 2018.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo demandante, Leonardo Augusto Rupp, e pela demandada, BV Financeira S.A., Crédito, Financiamento e Investimento, contra sentença, proferida nos autos de ação de revisão de contrato de crédito bancário para aquisição de veículo, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para:

(a) reconhecer a legalidade dos juros remuneratórios pactuados;

(b) reconhecer a legalidade da capitalização de juros;

(c) reconhecer a legalidade da incidência de comissão de permanência no período de inadimplência, em percentual que não ultrapasse a soma dos juros remuneratórios à média de mercado limitada à

taxa do contrato prevista para o período da normalidade, acrescido de juros moratórios até o limite de 12% ao ano e multa contratual máxima de 2% do valor da prestação, vedada a cumulação com correção monetária e demais encargos;

(d) reconhecer a legalidade da cláusula que prevê o vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplemento, observado, no entanto, o abatimento proporcional dos juros e demais encargos;

(e) declarar nula a cobrança de despesas administrativas e honorários extrajudiciais;

(f) declarar nula a cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC);

(g) indeferir o pedido formulado em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

O demandante-apelante defende, em suas razões, as seguintes teses:

(a) preliminarmente, o cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide;

(b) a ilegalidade da taxa de juros remuneratórios fixada acima de 12% ao ano;

(c) a aplicação dos princípios da indelegabilidade e da legalidade;

(d) a inaplicabilidade da capitalização mensal de juros;

(e) a abusividade da cláusula de vencimento antecipado;

(f) a repetição do indébito de forma dobrada, em razão do erro no pagamento;

(g) a ausência de mora debendi;

(h) a inversão dos ônus de sucumbência.

Pautou-se pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 234/251.

Já o demandado-apelante sustenta, em suas razões, o seguinte:

(a) a impossibilidade de revisão das cláusulas contratuais, em razão da inexistência de abusividade;

(b) a inexistência de cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e Tarifa de Emissão de Carnê (TEC);

(c) a legalidade da cláusula contratual que estipula a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais;

(d) por fim, prequestiona artigos de leis e súmulas.

Pautou-se pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 252/269.

Este é o relatório.

VOTO

I. Tempus regit actum

Sentença publicada em 31.01.2018 (fl. 193).

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

De início, anota-se que os recursos de apelação são tempestivos.

O preparo recursal foi devidamente recolhido pela instituição financeira apelante.

Outrossim, o autor-apelante deixou de efetuar o pagamento do respectivo preparo recursal porque beneficiado com a gratuidade da justiça.

III. Caso concreto

Trata-se de ação de revisão de cédula de crédito bancário para aquisição de veículo (fls. 147/148), ajuizada por Leonardo Augusto Rupp em face do BV Financeira S.A..

O Togado de piso proferiu sentença de parcial procedência e, irresignadas, ambas as partes interuseram recurso de apelação, os quais passa-se à análise.

III.I Apelo do demandante

(a) princípio da indelegabilidade e da legalidade

Aventa o apelante a aplicação dos princípios da indelegabilidade e da legalidade.

Todavia, a tese não merece ser conhecida, uma vez que se trata de inovação recursal.

Isso porque, não se pode conhecer de tese ventilada em apelação, sob pena de violação do princípio que veda a supressão de instância, quando não ocorreu discussão na instância inferior, de modo que ela é objeto de agitação só em sede recursal, repisa-se, tratando-se de inovação recursal.

Em caso análogo, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.

[...]

RECURSO DO AUTOR.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE. POSTULADA CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. BENEFÍCIO JÁ CONCEDIDO NA ORIGEM. DESNECESSIDADE DA REITERAÇÃO DA PRETENSÃO. PRETENDIDA **APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDELEGABILIDADE E DA LEGALIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL.** ALMEJADO AFASTAMENTO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PEDIDO INÓCUO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO ENCARGO NO CONTRATO EM DISCUSSÃO, BEM COMO DE PROVA DE SUA COBRANÇA. APELO NÃO CONHECIDO NESTES PONTOS. [...]

(Apelação cível n. 0500012-32.2010.8.24.0011, de Brusque. Rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 20.07.2017). (grifos)

Apelo não conhecido no ponto, portanto.

(b) cerceamento de defesa

No mais, em sede preliminar, o apelante aduz que foi cerceado o seu direito de defesa, haja vista seu interesse em produzir outras provas com a juntada do contrato original nos autos.

Razão não lhe assiste, porém.

Sabe-se que o julgamento antecipado da lide é admitido pelo ordenamento pátrio quando o feito trata de questões de fato e de direito, suficientemente compreensíveis a partir das provas documentais que acompanham o feito, ou quando verificada a revelia, com fundamento no art. 355, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, o atual Código de Processo Civil destaca no seu art. 370 que, ao conduzir a instrução processual, pode o magistrado indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, competindo-lhe, nos termos do dispositivo seguinte, apreciar os elementos de prova carreados aos autos e, de forma motivada, indicar na sentença as razões do seu convencimento.

A respeito do tema, José Roberto Neves Amorim e Sandro Gilbert Amorim lecionam que “a prova tem como finalidade formar no juiz, seu destinatário, o convencimento quanto aos fatos e fundamentos da causa, trazidos pelas partes, proporcionando um julgamento justo e dentro dos parâmetros legais” (Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, 2009. p. 263).

Na verdade, sempre que se mostrar recomendável, deve o togado realizar o julgamento antecipado da lide, mormente em razão do disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É, pois, justamente o caso dos autos, uma vez que se trata de matéria exclusivamente de direito e o feito foi instruído com documentos suficientes para o deslinde da questão, - notadamente a cédula de crédito de fls. 146/148 - e existentes elementos nos autos bastantes para a formação do convencimento do magistrado.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência desta Câmara julgadora:

Apelação cível. Ação revisional. “Contrato de financiamento” não juntado aos autos. Sentença de parcial procedência. Insurgência de ambos os litigantes.

Gratuidade da justiça. Deferimento pelo Juízo a quo. Extensão do benefício ao segundo grau. Pedido do autor nesse sentido desnecessário. Benesse que abrange todas as fases do processo.

Julgamento antecipado da lide. Arguição de cerceamento de defesa. Prova testemunhal e pericial. Inutilidade na espécie. Discussão acerca da legalidade de cláusulas. Matéria exclusivamente de direito. Elementos probatórios que se mostram suficientes ao deslinde do feito. Prefacial rejeitada. [...]

(Apelação cível n. 0300533-32.2017.8.24.0005, de Balneário Camboriú. rel. des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 08.02.2018).

Dessa forma, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa.

(c) juros remuneratórios

No mais, o apelante pretende a limitação da taxa de juros remuneratórios, não ultrapassando o limite de 12% a.a..

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^a. Min^a. Nancy Andriighi, 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. Rel^a Min^a Nancy Andriighi, j. em 22.10.2008). (grifos).

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. Relª Minª Nancy Andriighi, 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 DESCONSTITUIR A 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 cédula de crédito bancário discutida (fls. 146/148), datada de 04.05.2011, estipula a taxa de juros de 29,38% ao ano, ao passo que para mesmo período e modalidade contratual a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central era de 30,41% ao ano.

Como se vê, não se verifica abusividade dos termos pactuado, de modo que deve incidir a hipótese a taxa de juros no patamar fixado na avença.

Apelo desprovido neste ponto.

(d) capitalização de juros

Na sequência, o apelante insurge-se pela inaplicabilidade 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^a. Min^a 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). (destaquei).

No caso vertente, constata-se que a taxa de juros anual (29,38%) é superior ao duodécuplo da taxa de juros mensal (2,17%), 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 mensal.

Desprovemento do apelo, portanto.

(e) cláusula de vencimento antecipado

O apelante sustenta, ademais, a ilegalidade da cláusula de vencimento antecipado da dívida, incidente na hipótese de inadimplemento contratual.

Sem razão, porém, uma vez que a previsão da aludida cláusula encontra respaldo legislativo.

Sobre o tema, o art. 1.425, inciso III, do Código Civil assim dispõe:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

[...]

III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.

Outrossim, dispõe o §2º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à hipótese por força do art. 297 do STJ:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

E também, o art. 28, §1º da Lei n. 10.931/04:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa a dívida em dinheiro certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

[...]

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida.

Além disso, entender como abusiva a cláusula de vencimento antecipado seria admitir que o contratante se beneficiasse da situação de inadimplência, uma vez que o credor não poderia exigir o cumprimento da integralidade da obrigação até o fim do prazo de parcelamento.

Com efeito, sobre a cláusula de vencimento antecipado, calha anotar as palavras do Desembargador Robson Luz Varela:

[...] Para facilitar o pagamento da dívida confere-se ao devedor, por liberalidade do credor, o pagamento em prestações. No entanto, em sendo aquele inadimplente, não satisfazendo as parcelas nos prazos convencionados, torna-se sem efeito a cláusula de parcelamento e, por consequência, é possibilitado o vencimento antecipado da dívida.

[...] (Apelação cível n. 2015.050592-2, de Joinville, j. em 05.04.2016).

A par da legislação, a jurisprudência desta Câmara julgadora corrobora a legalidade da cláusula em questão:

Apelação cível. Ação revisional. Contrato de financiamento. Alienação fiduciária em garantia. Aquisição de veículo. Sentença de procedência em parte. Insurgência do requerente.

[...]

Cláusula de vencimento antecipado. Legalidade. Artigo 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 1.425, III, do Código Civil. Precedentes.

[...]

(Apelação cível n. 0001119-90.2009.8.24.0113, de Balneário Camboriú, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 07.12.2017). (grifos)

Assim, porque prevista na cláusula 17 do pacto em questão (fl. 147), é válida a estipulação de vencimento antecipado.

(f) repetição do indébito

No mais, pede o apelante que a devolução dos valores pagos a maior (repetição do indébito) se dê de forma dobrada.

Sem razão, porém.

Isso porque, 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, firmou-se 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). (destaquei)

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)

Diante do exposto, deve prevalecer a restituição dos valores cobrados a maior de forma simples, cujo valor deve ser acrescido de correção monetária pelo INPC desde o pagamento e juros de mora de 1% desde a citação.

(g) descaracterização da mora

Por fim, o apelante defende a ausência da mora debendi.

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^a Min^a Nancy Andriighi, 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. ADIMPLENTO 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 (confira-se: Agravo de Instrumento n. 2011.043704-3, rel.ª Des.ª 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, a pleiteada descaracterização da mora encontra óbice já no primeiro requisito, pois na hipótese não foi constatada abusividade nos encargos incidentes no período de normalidade (juros remuneratórios abusivos e capitalização de juros ilegal).

Tese afastada, portanto.

III.II Apelo da demandada

(a) revisão das cláusulas contratuais

A instituição financeira apelante defende a impossibilidade de revisão das cláusulas contratuais, em razão da inexistência de abusividade.

De plano, cumpre pontuar que o caso em tela guarda relação de consumo, nos termos da Súmula n. 297, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Chancelada aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, anota-se que o art. 6º, do aludido diploma legal, dispõe acerca dos direitos básicos do consumidor e, especificamente no inciso V, prevê a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Adiante, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor versa acerca das cláusulas contratuais nulas de pleno direito, relativas ao fornecimento de produtos e serviços, especialmente aquelas que colocam o consumidor em posição de extrema desvantagem.

Vale destacar algumas hipóteses previstas nos incisos do referido artigo:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza

dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

[...]

Como se vê, ressoa patente a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das cláusulas contidas nos contratos que instrumentalizam as relações de consumo, especialmente com o fim de aniquilar as arbitrariedades comumente inseridas nos contratos de adesão, tal como nos contratos de natureza bancária.

De mais a mais, a revisão das cláusulas contratuais é permitida também sob à ótica do Código Civil, mormente em razão da incidência dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), da função social dos contratos e do dirigismo contratual (art. 421 do CC), os quais levam à mitigação da força exorbitante que se atribuíra ao princípio do pacta sunt servanda, quando tais ajustes, visivelmente de longa duração, trazem em seu teor cláusulas com conteúdo abusivo, desproporcional ou, quiçá, ilegal, as quais implicam em onerosidade excessiva daquele que, por exemplo, contrai um financiamento ou crédito de instituição financeira, a qual detém melhores condições jurídicas e técnicas, obtém grandes ganhos.

Neste sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

[...] no que atine à possibilidade de revisão das cláusulas contratuais, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, é permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. (AREsp. n. 32.884/SC. Rel. Min. Raul Araújo, j. em 20.10.2011).

Nestes termos, a possibilidade de revisão de contrato é clara - e pacífica na jurisprudência - e não fere o princípio da força obrigatória dos contratos, que é relativizado ante a aplicação de regras do microsistema de proteção ao consumidor e mesmos aquelas puramente civis, que têm o condão de afastar da pactuação eventuais iniquidades/abusividades.

Tese afastada, portanto.

b) Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e Tarifa de Emissão de Carnê (TEC)

Ademais, insurge-se a apelante contra o ponto da sentença que declarou a nulidade da cobrança da tarifa de abertura de crédito (TAC) e tarifa e emissão de carnê (TEC).

Para tanto, argumenta que tais rubricas sequer constam no contrato, sendo, portanto, inócua a solução dada na sentença.

Com razão o apelante, pois a cobrança das aludidas tarifas não consta no contrato objeto dos autos (fl. 146).

Nesta toada, carece o autor de interesse processual, razão pela qual o pedido de eliminação da TAC e TEC, formulado na inicial, deve ser rechaçado, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC/15.

Acolhe-se a tese recursal, portanto.

(c) honorários advocatícios extrajudiciais

No mais, aventa a legalidade da cláusula contratual que estipula a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais.

A apelante defende a legalidade da cláusula contratual que estipula a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais, em caso de inadimplência.

Consoante dispõe o art. 51, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor – aplicável ao caso por força da Súmula n. 297 do STJ – é nula, de pleno direito, a cláusula contratual que obrigue “o consumidor a ressarcir os custos da cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor”.

Nesta toada, a contrario sensu do que preconiza o aludido dispositivo legal, a previsão contratual de pagamento de honorários advocatícios extrajudiciais, entendidos como despesas de cobrança em razão do inadimplemento, não se releva ilegal quando pactuado de forma recíproca entre os contratantes.

É o entendimento desta Corte de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS.

AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - “LEASING”.

[...]

(B) DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA CLÁUSULA QUE POSSIBILITA A COBRANÇA EXTRAJUDICIAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DESPESAS NA HIPÓTESE DE INADIMPLÊNCIA.

TESE REJEITADA.

CLÁUSULA QUE ESTABELECE A EXIGIBILIDADE DOS ENCARGOS EM CASO DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL REVESTIDA DE RECIPROCIDADE PARA COM O CONSUMIDOR. ART. 51, XII, DO CDC RESPEITADO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. [...] (Apelação cível n. 0811855-45.2011.8.24.0023, da Capital. Rel^a Des^a Denise de Souza Luiz Francoski, j. em 30.06.2016). (grifos)

E:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. VALIDADE DA CLÁUSULA QUE PREVÊ O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA COBRANÇA EXTRAJUDICIAL DO DÉBITO SE NELA FOI ASSEGURADO IGUAL DIREITO AO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CÂMARA. LEGALIDADE, TAMBÉM, DA CLÁUSULA QUE VEDA AO ARRENDATÁRIO A CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES SEM A ANUÊNCIA DA ARRENDADORA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE RECIPROCIDADE PREVISTO NO ARTIGO 51, INCISO XII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. [...]

(Apelação Cível n. 2016.015080-9, de Ibirama, rel. Des. Jânio Machado, j. em 04.04.2016). (grifou-se).

No caso dos autos, a cláusula 21 do pacto estipula que “a credora poderá, em caso de inadimplência, cobrar todas as despesas de cobrança extrajudicial e honorários advocatícios de 10% sobre o saldo devedor” (fl. 148), sem, contudo, prever o mesmo direito ao contratante fiduciário.

Sendo assim, porque a obrigação constante na cláusula objurgada não restou pactuada de igual modo aos contratantes, mantém-se nulidade declarada na sentença.

Desprovemento do apelo no ponto, portanto.

(d) prequestionamento

Por fim, a apelante pede pela expressa manifestação acerca dos dispositivos legais e súmulas ventiladas, para fins de prequestionamento.

Todavia, é cediço que não há necessidade de o Magistrado - nem de os Órgãos Colegiados - pronunciar-se acerca de todos os dispositivos legais invocados pelas partes.

É que a aplicação do direito ao caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, realizada de forma motivada, a fim de atender ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, apresenta-se como suficiente.

O Superior Tribunal de Justiça assentou que “o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio” (STJ, AgRg no Ag 167.073/SP, rel. Min. José Delgado).

E, ainda caso assim não se entendesse, a Corte Cidadã já reconhece “adequado o prequestionamento apenas implícito das matérias para efeito de conhecimento de recurso especial, não sendo necessária a manifestação expressa da Corte de origem acerca dos artigos tidos por ofendidos” (STJ, AgRg no AREsp 408229/RS, Relator: Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 11/02/2014).

Portanto, dispensável a manifestação específica deste órgão fracionário sobre as suas e os artigos de lei suscitados.

IV. Ônus de sucumbência

Conquanto o recuso interposto pela demandada tenha sido parcialmente provido, o foi apenas

para reconhecer a improcedência do pedido de nulidade da TAC e TEC, não havendo, pois, substancial modificação no grau de sucumbência entre as partes, o que justifica a manutenção da distribuição dos ônus de sucumbência fixada na sentença: 75% a cargo da parte autora e 25% para a ré.

V. Honorários recursais

Por fim, passa-se à análise dos honorários advocatícios recursais, assentando-se, de início, tratar-se de uma inovação trazida pelo novo CPC, contemplada pelo art. 85, §§ 1º e 11º, que estabelecem:

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.

Verifica-se, portanto, que, a partir do novo CPC, a fixação dos honorários recursais tornou-se imperativa, razão pela qual ocorre independentemente do pedido, tratando-se, pois, de uma consequência lógica, haja vista que, com a interposição do apelo, houve a necessidade de trabalho adicional.

No caso, a causa foi julgada parcialmente procedente e o magistrado *a quo* fixou os ônus de sucumbência da seguinte forma:

face a sucumbência recíproca, condeno ambas as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de 75% para a parte autora e 25% para a ré. Arbitro os honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §8º, do CPC, em R\$ 3.000,00 (três mil reais), a serem pagos também na proporção de 75% pela parte autora e 25% pela parte ré, vedada a compensação.

Neste grau de jurisdição, o recurso interposto pelo autor foi desprovido e o apelo do banco, conquanto parcialmente provido, não alterou o grau de sucumbência, o que justifica a majoração dos honorários dos causídicos de ambas as partes, os quais apresentaram contrarrazões ao recurso da parte contrária, em razão do trabalho adicional empregado.

Assim, na forma do art. 85, § 11º, do CPC, fixo os honorários advocatícios recursais no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), os quais, no computo geral, alcançam o valor de R\$2.750,00 (dois mil e setecentos e cinquenta reais) em favor do advogado da ré e de R\$1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais).

Suspensa a exigibilidade do autor em razão da gratuidade da justiça.

VI. Conclusão

Pelo exposto voto no sentido de:

(a) conhecer em parte do recurso interposto pelo autor e negar-lhe provimento;

(b) conhecer do apelo interposto pela demandada e dar-lhe parcial provimento apenas para julgar improcedente pedido formulado na inicial para eliminação da cobrança da tarifa de abertura de crédito (TAC) e tarifa de emissão de carnê (TEC), nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC/15.

Na forma do art. 85, § 11º, do CPC, fixar os honorários advocatícios recursais no valor de R\$500,00 (quinhentos reais) em favor dos causídicos de ambas as partes.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0301565-13.2018.8.24.0175, de Meleiro

Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL E JULGOU EXTINTO O FEITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. RECURSO DO AUTOR. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES DEMONSTRADA. VEÍCULO REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO. ANOTAÇÃO, CONTUDO, DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AO REQUERIDO NO CERTIFICADO DO REGISTRO DO AUTOMÓVEL LAVRADO PELO DETRAN/SC. PROPRIEDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA. TRANSFERÊNCIA DO BEM MÓVEL QUE CABE AO DEVEDOR, NOS TERMOS DO ART. 123, § 1º, DO CTB. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO PODE ARCAR COM A DESÍDIA DO DEMANDADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. SENTENÇA CASSADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301565-13.2018.8.24.0175, da comarca de Meleiro Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense em que é Apelante Banco A.J. Renner S/A e Apelado Daiane Camilo da Rosa.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a sentença de extinção e determinar o retorno dos autos à primeira instância para regular processamento do feito. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Carlos Carstens Kohler e Des^a. Janice Ubiali.

Florianópolis, 11 de novembro de 2018.

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Banco A. J. Renner S/A contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense da comarca de Meleiro que, nos autos da “ação de busca e apreensão”, indeferiu a inicial e julgou extinto o feito (fls. 35/37).

Em suas razões, sustentou, em síntese, que: as partes firmaram contrato de mútuo e como garantia, foi alienado fiduciariamente o veículo em questão, sendo quitadas somente 3 prestações das 48 contratadas; a alienação foi registrada no Detran/SC, em nome da parte apelada, assim como há

comunicação de venda do bem, demonstrando que o veículo lhe pertence; cabia ao comprador do automóvel efetuar a transferência da propriedade para seu nome; o magistrado deveria ter intimado o autor para emendar a inicial, antes de julgar extinto o feito; o devedor foi constituído em mora. Ao final, pleiteou pelo provimento do apelo (fls. 41/52).

As contrarrazões não foram apresentadas e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

De início, vale esclarecer que tanto a publicação da decisão recorrida quanto a interposição deste recurso sucedem a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que se deu em 18/3/2016.

Logo, os pressupostos de admissibilidade recursal devem 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.

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

Insurgiu-se o recorrente contra a sentença que julgou extinto o feito pela ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto a propriedade do veículo objeto da busca e apreensão seria de um terceiro estranho à lide.

A sentença merece reparos.

Sabe-se que, conforme dispõe o §1º do art. 1.361 do Código Civil, a propriedade fiduciária de veículos é constituída com o registro do contrato no órgão de trânsito competente para o licenciamento, anotando-se a informação no Certificado de Registro do automóvel.

No presente caso, verifico da consulta realizada no Detran/SC (fl.

26) que a alienação fiduciária garantida pelo automóvel GM Chevrolet Corsa Hatch, contratada mediante a cédula de crédito bancário de fls. 20/22, foi devidamente registrada em nome da apelada no Certificado de Registro do Veículo.

Além disso, foi comunicado ao órgão de trânsito a venda do bem à ré (fl. 26), demonstrando que, muito embora não tenha procedido à transferência formal do veículo ao seu nome, é efetivamente a proprietária do carro.

A propósito, o Código de Trânsito Brasileiro, no art. 123, §1º, atribui ao proprietário a responsabilidade da transferência da propriedade do automóvel, após adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo.

Não obstante, o próprio contrato bancário firmado entre as partes, na Cláusula 16, prevê a obrigação da demandada de transferência do bem ao seu nome (fl. 21).

Assim, não pode a instituição financeira ser penalizada pela inércia da parte obrigada, mesmo porque, *“o registro junto ao Departamento de Trânsito significa mera formalidade administrativa de forma a regularizar a situação do automóvel, não fazendo prova de sua propriedade.”* (Apelação Cível n. 0301085-69.2017.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 6.2.2018).

Portanto, restou devidamente comprovado nos autos que o veículo pertence à apelada, evidenciada a eficácia da garantia a validar a pretensão da busca e apreensão.

Em situações similares, esta Corte de Justiça já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REGISTRO DO CONTRATO EM NOME DE TERCEIRO. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, ART. 485, IV, CPC. IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA. REGISTRO DO CONTRATO. ANOTAÇÃO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA EM NOME DA APELADA NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO JUNTO AO DETRAN. DEVER DE REGISTRAR A TRANSAÇÃO E EMITIR NOVO CERTIFICADO DE PROPRIEDADE ASSUMIDA CONTRATUALMENTE PELA APELADA. ÔNUS PELO DESCUMPRIMENTO QUE NÃO PODE SER IMPOSTO AO APELANTE. COMPROVAÇÃO QUANTO AO REGISTRO DO CONTRATO QUE NÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DESNECESSÁRIA. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300617-30.2017.8.24.0006, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Torres Marques, j. 28.8.2018).

E:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE INSERÇÃO DE RESTRIÇÃO PELO SISTEMA RENAJUD. INSURGÊNCIA DO BANCO. MÉRITO. LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA NA ORIGEM. BANCO QUE PROVOU SER O CREDOR FIDUCIÁRIO E QUE O DEVEDOR ESTÁ EM MORA. CERTIFICADO DE TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO ASSINADO PELO VENDEDOR. REGISTRO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA PERFECTIBILIZADA JUNTO AO DETRAN. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO BEM PARA O NOME DO AGRAVADO QUE NÃO CONFIGURA ÓBICE A INSERÇÃO DE RESTRIÇÃO PELO SISTEMA RENAJUD, NEM MESMO AO CUMPRIMENTO DA LIMINAR DEFERIDA. DECISÃO MODIFICADA. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4010628-10.2018.8.24.0000, de São Bento do Sul, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 6.9.2018).

Agravo de Instrumento n. 4020623-63.2018.8.24.0900, de São José

Relator: Des. José Carlos Carstens Kohler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TOGADA DE ORIGEM QUE, EM RAZÃO DA SEGURANÇA DO JUÍZO PELA APÓLICE DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL, RECEBEU A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COM EFEITO SUSPENSIVO. INCONFORMISMO DO CREDOR.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 26-6-18. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

ALMEJADA REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE ACEITOU NA EXECUÇÃO A APÓLICE DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL, COM REALIZAÇÃO DE IMEDIATA PENHORA EM DINHEIRO, VIA BACENJUD, DO MONTANTE EXECUTADO PARA EFEITO DE CONHECIMENTO E JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO, SOB PENA DE SE NEGAR EFETIVIDADE AO DISPOSTO NO ART. 523, § 3º, DO NCPC. PRETENSÃO QUE MERECE PARCIAL AGASALHO. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO POR MEIO DA APÓLICE DE SEGURO VAZADA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA QUE NÃO RESTOU POSITIVADA NO CASO CONCRETO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE TRATAMENTO PRIORITÁRIO AO NUMERÁRIO EM ESPÉCIE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE PORTE E NOTÓRIO PODER ECONÔMICO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE E DA SATISFAÇÃO DO CREDOR QUE RESTAM IMACULADOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. INTERLOCUTÓRIA ALTERADA PARA AFASTAR A SEGURANÇA DO JUÍZO POR MEIO DA APRESENTAÇÃO DA APÓLICE E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, INDEFERIR O EFEITO SUSPENSIVO À IMPUGNAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO DE REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO NOS SEUS ULTERIORES TERMOS. PEDIDO DE IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PENHORA *ONLINE* NA FORMA DO ART. 523, § 3º, DO NCPC. INVIABILIDADE DE ACATAMENTO DE PLANO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. JUÍZO DE ORIGEM QUE DEVERÁ AVALIAR MINUCIOSAMENTE EVENTUAL POSSIBILIDADE DE O BANCO SANTANDER APRESENTAR CAUÇÃO OU DEPÓSITO EM DINHEIRO COM FINCAS À OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO VERGASTADA E DA CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE FIXAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL NO PRIMEIRO GRAU.

REBELDIA PARCIALMENTE ACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4020623-63.2018.8.24.0900, da comarca de São José 1ª Vara Cível em que é Agravante Áureo Hoefling de Jesus e Agravado Banco Santander Brasil S.A.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao Agravo de Instrumento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Antônio Torres Marques, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 2 outubro de 2018.

Carstens Köhler

RELATOR

RELATÓRIO

Áureo Hoefling de Jesus interpôs Agravo de Instrumento (fls. 1-15) contra a interlocutória prolatada nos autos n. 0007402-43.2013.8.24.0064/001, correspondentes ao cumprimento de sentença detonado em face de Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. e Banco Santander Brasil S.A., na qual a Juíza de Direito oficiante na 1ª Vara Cível da Comarca de São José, considerando o requerimento do segundo Devedor e a garantia do juízo pela apólice de seguro garantia judicial, recebeu a impugnação ao cumprimento de sentença e concedeu o efeito suspensivo nos seguintes termos:

III. Com relação ao segundo executado **Banco Santander Brasil S/A**, verifica-se que o montante do débito aproxima-se dos três milhões de reais. Neste caso, tenho que a penhora em dinheiro poderia efetivamente lhe causar prejuízo, ainda que se leve em consideração tratar-se de instituição financeira de grande porte.

Ademais o novo Código de Processo Civil equiparou a penhora de dinheiro à fiança bancária e ao seguro garantia, desde que em valor não inferior ao débito pretendido na exordial, acrescido de 30% (art. 835, § 2º, do CPC/2015), sendo esta modalidade de penhora aceita pela jurisprudência, por atender aos princípios da menor onerosidade ao devedor e máxima efetividade da execução.

Desta forma, considerando o requerimento do devedor e a garantia do juízo pela Apólice de Seguro Garantia Judicial acostada **recebo a impugnação ao cumprimento de sentença** de fls. 1343 e seguintes e **concedo o almejado efeito suspensivo**, nos termos do art. 525, § 6º, do CPC, notadamente em razão da existência de controvérsia sobre o *quantum debeat*, de modo que o prosseguimento da execução poderá ocasionar dano irreparável à parte executada, caso se constate posteriormente que o valor devido é efetivamente inferior ao pretendido. No entanto, consigno que a concessão de efeito suspensivo não impede a efetivação de atos de substituição, reforço ou redução da penhora, tampouco a avaliação de bens (CPC, art. 525, § 7º).

Intime-se a parte exequente para, querendo, manifestar-se sobre a impugnação ao cumprimento da sentença no prazo de 15 (quinze) dias.

(fls. 125-126, grifos no original).

Em suas razões recursais, o Credor argumenta que: a) a interlocutória atacada foi bastante benevolente com o Banco Santander, haja vista que acolheu alegações infundadas do mesmo em seu detrimento; b) na balança da justiça, o juízo de origem deu preferência ao Banco Santander, instituição de enorme poderio econômico, que auferia anualmente lucros bilionários, em detrimento de um idoso de 79 anos, doente, e que aguarda a vários anos o cumprimento de uma decisão legítima, de modo que a inversão dos valores salta aos olhos; c) se o Juízo *a quo* pretende dar a máxima efetividade à

execução, como constou da decisão ora combatida, deveria rechaçar a alegação do Agravado e não aceitar a apólice de seguro garantia no lugar da penhora em dinheiro; d) na visão da Togada de origem, o valor executado – que se aproxima de três milhões de reais – poderia ser prejudicial ao Banco, mas não leva em consideração o prejuízo suportado pelo Credor, nem mesmo todo o imbróglio criado pela Instituição Financeira que não cumpriu as determinações judiciais; e) a discussão acerca do seguro garantia judicial já foi exaustivamente debatida nos autos do Agravo de Instrumento n. 0010359-10.2016.8.24.0000 (2016.007380-6), manejado pela Aymoré, e que foi rejeitado por unanimidade, devendo o entendimento desta Corte ser mantido, sob pena de se causar insegurança jurídica; f) a decisão deste Pretório no Agravo de Instrumento n. 0010359-10.2016.8.24.0000 (2016.007380-6) está em perfeita consonância com o disposto nos arts. 835 e 847, ambos do NCPC; g) caso seja mantida a decisão ora atacada, estar-se-á, por via transversa, revogando decisão anterior desta Corte e ao mesmo tempo negando vigência aos arts. 835 e 847, ambos do CPC/2015, o que não se admite; h) a execução deve ser processada em benefício do credor e não do devedor recalcitrante, como na espécie; i) mais recentemente ainda este Areópago, nos autos do Agravo de Instrumento n. 4010727-77.2018.8.24.0000, em que a Aymoré, também executada, pretendia substituir o valor penhorado por apólice de seguro garantia, negou a pretensão recursal; j) o que se observa é que a decisão judicial atacada, contrariando frontalmente decisões pacíficas e sedimentadas deste Tribunal na mesma execução, deu suporte para o Agravado se furtar de cumprir a decisão judicial já transitada em julgado; k) importante salientar que o processo de execução observou rigorosamente todos os direitos e garantias do Recorrido, mas mesmo assim há recusa em cumprir o *decisum* voluntariamente, numa verdadeira afronta ao Poder Judiciário e ao Exequente; l) em razão de esta Corte ter afastado em inúmeros julgados a possibilidade de substituição da penhora em dinheiro por apólice de seguro garantia judicial, forçosa a reforma da decisão monocrática que permitiu a substituição; e m) espera-se que o feito seja chamado à ordem, revogando-se de pronto a decisão judicial profligada, após analisar de forma detalhada todas as decisões alhures citadas e que enfrentaram com coragem e destemor o poderio econômico do Agravado.

Com fincas à concessão da tutela emergencial, o Exequente sustenta que: a) a probabilidade do direito consubstancia-se no fato de que a questão posta – substituição de penhora em dinheiro por apólice de seguro garantia – já foi debatida e decidida em inúmeros Agravos interpostos nesta mesma execução, ou seja, o caso em comento está totalmente pacificado no âmbito desta Corte e do próprio STJ, já que todas as decisões são no sentido de que a execução deve ser processada para garantir o direito do credor e não do devedor recalcitrante; b) no tocante ao perigo de dano e de difícil reparação, o requisito encontra-se no fato de ser pessoa idosa e doente, de modo que, caso persistam os inúmeros recursos interpostos pelo Banco, dificilmente o seu direito será satisfeito, já que o risco de vir a óbito é bastante considerável; c) é incabível, na espécie, a fixação de caução, já que é pessoa pobre, não tendo sequer o mínimo para sua sobrevivência, bem como de sua família, eis que apenas auferir rendimentos de sua aposentadoria; e d) a tutela de urgência deve ser concedida a fim de que o valor total da execução seja imediatamente penhorado, via BacenJud, revogando-se a decisão interlocutória que aceitou a penhora de apólice de seguro garantia, sob pena de ocorrerem prejuízos irreparáveis.

Ao final, requereu: a) a intimação do Recorrido para, querendo, apresentar resposta no prazo legal; b) o deferimento da tutela de urgência para que seja efetuada a penhora em dinheiro, via BacenJud, do valor total da execução, afastando-se a garantia da execução através de apólice de seguro garantia; c) a

total procedência do Agravo de Instrumento para revogar a decisão judicial de origem que, contrariando a lei e as reiteradas decisões desta Corte, aceitou na execução a apólice de seguro garantia judicial; e d) afastada a garantia da execução pela apólice de seguro, a realização de imediata penhora em dinheiro, via BacenJud, do montante executado para efeito de conhecimento e julgamento da impugnação, sob pena de se negar efetividade ao disposto no art. 523, § 3º, do NCPC.

A carga ativa restou indeferida (fls. 209-212).

Em contrarrazões (fls. 217-243), o Banco pugnou pela inacolhida do Reclamo, tendo em vista que o seguro garantia judicial se equipara a dinheiro, homenageia o princípio da menor onerosidade da execução e o Credor não poderia rejeitar a sua indicação.

É o necessário escorço.

VOTO

Primeiramente cumpre gizar que uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso é conhecido.

Esclarece-se, por oportuno, que a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no Novo Código de Processo Civil, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 26-6-18, isto é, já na vigência do CPC/2015.

1 Da Rebeldia

Perscrutando o caderno processual, verifica-se que a Magistrada de *a quo*, considerando o requerimento do devedor Banco Santander Brasil S.A. e a garantia do Juízo pela apólice de seguro garantia judicial acostada ao feito, recebeu a impugnação ao cumprimento de sentença e concedeu a carga suspensiva, nos termos do art. 525, § 6º, do NCPC, consignando, todavia, que esta última providência não impede a efetivação de atos de substituição, reforço ou redução da penhora, tampouco a avaliação de bens – art. 525, § 7º, do NCPC.

Inconformado, o Credor busca a chancela do Agravo de Instrumento para revogar a decisão judicial que, contrariando a lei e as reiteradas decisões desta Corte, aceitou na execução a apólice de seguro garantia judicial, procedendo-se a imediata penhora em dinheiro, via BacenJud, do montante executado para fins de conhecimento e julgamento da impugnação, sob pena de se negar efetividade ao disposto no art. 523, § 3º, do NCPC.

O Reclamo merece parcial guarida.

Isagógicamente, impende registrar que a impugnação ao cumprimento de sentença não é processada, como regra, sob a proteção do efeito suspensivo, podendo este, todavia, ser concedido na forma vazada pelo art. 525, § 6º, do NCPC, que dispõe:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 6º A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, **podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.**

(grifou-se).

Brota que a melhor exegese acerca do dispositivo suso dá-se no sentido de que o oferecimento originário de garantia, para fins de atribuição de efeito suspensivo à impugnação, deve seguir a ordem legal consistente em penhora, caução ou depósito suficientes, além da relevância na fundamentação e o perigo de dano.

Com efeito, o Novel Código de Ritos, ao estabelecer a ordem de prelação ser observada para a realização de penhora, conferiu de modo irrefutável o tratamento prioritário à constrição em dinheiro, equiparando-se este à fiança bancária e ao seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, aditado de trinta por cento.

Haure-se do art. 835 do Código Fux:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII - outros direitos.

§ 1º **É prioritária a penhora em dinheiro**, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

(destacou-se).

Outrossim, é importante destacar que a hipótese em exame não se trata de substituição de bem penhorado – arts. 835, § 2º, 847 e 848, parágrafo único, todos do NCPC, ocasião em que a lei de regência permite, se cumpridos os requisitos, a alteração – mas sim, repise-se, de oferecimento de bem como garantia para obtenção de efeito suspensivo à impugnação.

Salta aos olhos até do mais desatento observador que entre as duas situações jurídicas reina distância olímpica, tanto que o Código Fux estabelece com clareza solar tratamento díspar.

In casu, o Banco Santander ofereceu inicialmente, para fins de garantia do juízo e a teor do art. 835, § 2º, do Código Fux, a apólice de seguro garantia judicial n. 1007500007502, no valor de até R\$ 4.200.000,00 (quatro milhões e duzentos mil reais).

Entrementes, face a argumentação construída, tem-se como inviável sobrepujar a ordem de prelação em dinheiro com a apresentação da apólice seguro garantia judicial no caso vertente.

Compulsando minuciosamente os termos da apólice oferecida (fls. 1.726-1.741 dos autos n. 0007402-43.2013.8.24.0064/01), tem-se que o seu prazo de vigência inicia-se em 8-5-18 e finda-se em 8-5-21, com o valor máximo de até R\$ 4.200.000,00 (quatro milhões e duzentos mil reais).

Ainda que admitido o patamar do *quantum* perseguido especificamente em face do ora Agravado – R\$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais), não atualizados – a Instituição Financeira é entidade de grande porte e com notório poder econômico, sendo capaz de suportar de garantir o juízo em dinheiro, sem que sua atividade empresarial reste prejudicada, ou seja, o princípio da menor onerosidade e da satisfação do credor restam imaculados.

Deve ser enfatizado que o Agravado, de acordo com informação divulgada em seu sítio eletrônico – www.santander.com.br/institucional-santander – é o maior banco da zona do euro e um dos maiores do mundo, ostentando a posição de terceiro maior banco privado do Sistema Financeiro Nacional.

A mais disso, “o Santander Brasil apurou lucro líquido gerencial de R\$ 3,025 bilhões no segundo trimestre deste ano, o que representa alta de 29,5% em relação ao mesmo período do calendário anterior. O resultado superou as projeções de mercado. A média das estimativas de analistas coletadas pelo Valor indicava um lucro ajustado de R\$ 2,971 bilhões no trimestre. O lucro societário foi de R\$ 2,972 bilhões, aumento de 58,1% frente ao segundo trimestre de 2017” – dados retirados da revista Valor Econômico junto ao sítio eletrônico <https://www.valor.com.br/financas/5685131/santander-brasil-tem-lucro-295-maior-no-trimestre-de-r-3-bi>.

Nesse viés, este Órgão Fracionário recentemente já se pronunciou sobre tese jurídica exatamente idêntica, valendo conferir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APÓLICE DE SEGURO OFERECIDA COMO CONDIÇÃO À ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. REJEIÇÃO. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEFENDIDA A ADMISSIBILIDADE DO SEGURO GARANTIA PARA FINS DE PENHORA EM SUBSTITUIÇÃO AO DEPÓSITO EM DINHEIRO. HIPÓTESE PERMITIDA EM CASOS EXCEPCIONAIS, SEM PREJUÍZO AO CREDOR OU OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. IMPORTÂNCIA SUFICIENTE PARA ASSEGURAR O JUÍZO

INCAPAZ DE COMPROMETER A SOLVABILIDADE DA PARTE EXECUTADA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE PORTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 4011201-48.2018.8.24.0000, Rel. Des. Torres Marques, j. 4-9-18).

E do corpo do v. aresto, extrai-se:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo contra a decisão que rejeitou a garantia oferecida para atribuição de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença.

Inicialmente, considerando que as questões fáticas associadas a argumentos jurídicos com vistas à concessão da tutela recursal de urgência guardam estreita similitude com aqueles que embasam o mérito do presente reclamo, pertinente o enfrentamento imediato e definitivo da questão pelo Colegiado, em atenção às diretrizes de celeridade e de efetividade processual e à ausência de prejuízo às partes.

Sustenta a parte agravante, em síntese, o cabimento de apólice de seguro para fins de garantir o juízo e, assim, possibilitar o regular processamento da impugnação ao cumprimento de sentença com a atribuição de efeito suspensivo.

De antemão, registre-se que as teses suscitadas em contrarrazões (limitação territorial da coisa julgada; desnecessidade de autorização expressa ao IDEC; legitimidade passiva; desnecessidade de liquidação da sentença coletiva; inexistência de excesso de execução; incidência de juros moratórios, remuneratórios e correção monetária) destoam do pedido vertido no recurso e, por isso, ficam prejudicadas.

Consoante disposto no art. 525, § 6º, do CPC, “a apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”.

Não obstante, o art. 835, I, do aludido Diploma assevera que “a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, de forma que, para substituí-la, “equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento” (§ 2º).

Infere-se, portanto, que a regra para atribuição de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença consiste em penhora, caução ou depósito suficiente, cuja ordem de preferência tem em primeiro lugar o dinheiro em espécie, com equiparação, para fins de substituição, à fiança bancária ou seguro garantia.

Sobre esse assunto, extrai-se da jurisprudência:

A substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia é admitida em situações excepcionais, e desde que não cause prejuízo ao credor, nem ofenda o princípio da menor onerosidade ao devedor, hipótese não verificada no caso concreto, considerando que o seguro tem prazo determinado de vigência e, por outro lado, a recorrente se trata de instituição financeira de notória amplitude nacional e poderio financeiro, de modo que não é errôneo deduzir que o valor executado é inexpressivo frente à pujança econômica da devedora. Vale salientar que “para dar-se guarida à tese de violação do princípio da menor onerosidade, não basta apenas ao devedor sua retórica alegação, mas sim que demonstre, inequivocamente, os prejuízos que decorrerão da conduta” (Agravo de Instrumento n. 2012.026538-0, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 27/9/2012). Todavia, a casa bancária não trouxe qualquer elemento probatório capaz de demonstrar que o depósito do valor devido pudesse lhe causar prejuízo. Dessa feita, ausente a demonstração de qualquer situação excepcional, a garantia ofertada

não pode substituir a prestação em dinheiro.” (Agravo de Instrumento n. 4000762-75.2018.8.24.0000, de Tubarão, Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 19/6/2018).

Não obstante, ao interpretar o referido dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que “a substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais, quando necessária para evitar onerosidade excessiva ao devedor, e desde que não ocasione prejuízo ao exequente” (AgInt no REsp n. 1.588.575/PR, Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 24/4/18).

No presente caso, o depósito bancário do valor constante do pedido de cumprimento de sentença, no importe de R\$ 15.519,62 (quinze mil quinhentos e dezenove reais e sessenta e dois centavos, fl. 6, SAJ/PG), com emissão de seguro garantia na quantia de R\$ 33.968,13 (trinta e três mil novecentos e sessenta e oito reais e treze centavos, fl. 106, SAJ/PG), diante do porte da sociedade empresária, não ofende o princípio da menor onerosidade da execução para a parte devedora, pois não possui o condão de causar prejuízo, ao passo que mantém preservada a preferência do exequente na satisfação de seu respectivo crédito em dinheiro.

Ademais, a mera alegação de risco de dano não se mostra suficiente. A parte executada deve comprovar de forma inequívoca que a quantia a ser colocada em conta judicial prejudicará o exercício de sua atividade empresarial, o que não aconteceu no caso concreto.

Em caso semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. No caso dos autos a executada ostenta grande capacidade financeira, não sendo prejudicada pela imobilização do valor penhorado. Por outro lado, o seguro garantia judicial ofertado em substituição não garante o exequente tanto quanto a penhora em dinheiro, até porque, além da natural dificuldade processual de satisfação de garantia, dadas as possibilidades recursais, no caso concreto, o seguro garantia está submetido a validade determinada, após o trânsito em julgado, o que fatalmente se exaurirá no decorrer da previsível recorribilidade. [...] (REsp n. 1.168.543/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5/3/2013).

No mesmo sentido, deste Colegiado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL EM FASE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TOGADA QUE RECEBE A PEÇA DE DEFESA SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. INSURGÊNCIA DA RÉ. PLEITEADA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REQUERIDA QUE OFERTA APÓLICE DE SEGURO A TÍTULO DE GARANTIA DO JUÍZO COM O FIM DE EVITAR A PENHORA DE DINHEIRO. CONSTRIÇÃO QUE EM REGRA DEVE OBSERVAR A ORDEM DE PRELAÇÃO LEGAL ESTABELECIDO NO ART. 655 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SUBSTITUIÇÃO PREVISTA NO ART. 656, § 2º, DO CPC. MEDIDA EXCEPCIONAL. RÉ QUE APRESENTA FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE E DESNUDADA DE ALICERCE NOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS AMEALHADOS AO FEITO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE IMPOSSIBILITAM RECONHECER QUE O JUÍZO ESTÁ EFETIVAMENTE GARANTIDO. INTERLOCUTÓRIA INALTERADA. RECURSO IMPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2015.034664-1, de Laguna, Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 11/8/2015).

E ainda, desta relatoria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APÓLICE DE SEGURO OFERECIDA COMO GARANTIA DO JUÍZO. REJEIÇÃO. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEFENDIDA A ADMISSIBILIDADE DO SEGURO GARANTIA PARA FINS DE PENHORA EM SUBSTITUIÇÃO AO DEPÓSITO EM DINHEIRO. HIPÓTESE PERMITIDA EM CASOS EXCEPCIONAIS, SEM PREJUÍZO

AO CREDOR OU OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. IMPORTÂNCIA SUFICIENTE PARA ASSEGURAR O JUÍZO INCAPAZ DE COMPROMETER A SOLVABILIDADE DA PARTE EXECUTADA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE PORTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 0031817-83.2016.8.24.0000, de Timbó, j. 20/2/2018).

Ademais, importante ter em mente que este Colegiado não desconhece o entendimento exarado pela Terceira Turma do STJ no REsp. n. 1.691.748/PR, no qual ficou decidido que “no cumprimento de sentença, a fiança bancária e o seguro garantia judicial são as opções mais eficientes sob o prisma da análise econômica do direito, visto que reduzem os efeitos prejudiciais da penhora ao desonerar os ativos de sociedades empresárias submetidas ao processo de execução, além de assegurar, com eficiência equiparada ao dinheiro, que o exequente receberá a soma pretendida quando obter êxito ao final da demanda”.

Todavia, e aqui reside o ponto principal para fins de comparação (*distinguishing*), em tal caso levado ao STJ discutia-se a possibilidade de se aceitar o seguro garantia em detrimento da penhora em dinheiro, cuja quantia perseguida alcançava a monta de R\$ 15.126.895,06 (quinze milhões cento e vinte e seis mil oitocentos e noventa e cinco reais e seis centavos), e a garantia por apólice foi emitida na importância de R\$ 23.217.037,10 (vinte e três milhões duzentos e dezessete mil trinta e sete reais e dez centavos).

O caso concreto, reitera-se, cinge-se à cobrança de R\$ 15.519,62 (quinze mil quinhentos e dezenove reais e sessenta e dois centavos), o que demonstra valor módico para caracterizar grave prejuízo à instituição financeira.

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. [...] PRETENSÃO DE GARANTIR A EXECUÇÃO POR MEIO DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 848, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXECUÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA NO INTERESSE DO CREDOR. ARTIGO 797 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À AGRAVANTE, ATÉ PORQUE SE TRATA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM ELEVADA CAPACIDADE ECONÔMICA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL POR COTAS DE INVESTIMENTO QUE NÃO FOI APRECIADO NO PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELA CÂMARA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4011783-19.2016.8.24.0000, de Criciúma, Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 1º/2/2018).

Acrescente-se a isso o fato de que a garantia por fiança bancária ou seguro garantia judicial não consta na ordem ditada pelo art. 835 do Código de Processo Civil, e para ser possível a substituição, primeiramente deve ser realizada a penhora, o que nem sequer chegou a ocorrer na hipótese dos autos.

Por fim, não há falar em litigância de má-fé da parte agravante (fl. 67), uma vez que a interposição de recurso em face da rejeição do seguro garantia é legalmente prevista (art. 1.015, parágrafo único, do CPC), e não se vislumbra nenhuma das hipóteses previstas no art. 80 do CPC, até porque “não se pode confundir má-fé com a equivocada interpretação do direito” (STJ, AgInt no AREsp n. 1.242.933/SC, Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 8/5/2018).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

(gizou-se).

Para espancar quaisquer dúvidas e deixar evidente como verdade matemática o quadro, traz-se à

baila, *ipsis verbis*, a interlocutória atacada e que foi mantida por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 4011201-48.2018.8.24.0000 suso delineado:

VISTOS, PARA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA.

Compulsando detidamente os autos, verifica-se que a impugnante ofertou, a título de garantia do juízo, apólice de seguro garantia n. 41-0775-14-0143550 (fls. 106-117), prerrogativa disposta no art. 835, § 2º, do CPC.

Imperioso a observar a redação do mencionado dispositivo: “Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.”

Depreende-se do dispositivo supra que a substituição se dá quando o juízo já se encontra garantido pela penhora, o que não é o caso destes autos.

Cumpra ressaltar, ainda, que a apólice de seguro, com fito de garantir o juízo destoa do disposto no art. 835 do CPC, ressaltando que a execução realiza-se no interesse do credor. De mais a mais, relevante pontuar que a eventual necessidade de substituição da apólice de seguro após seu vencimento dificultaria a satisfação do crédito.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Impugnação. Garantia do Juízo. Inconformismo da empresa de telefonia. Ordem de preferência. Dinheiro. Prioridade sobre apólice de seguro. Desprovinimento. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.069921-9, da Capital, rel. Des. José Inacio Schaefer, j. 31-03-2015).

De acordo com o disposto no art. 525, § 6º, do Código de Processo Civil, pode o juiz atribuir efeito suspensivo à impugnação, que deverá ser condicionado, necessariamente, à presença cumulativa de três requisitos a saber: a) garantia do juízo; b) fundamentação relevante; e c) o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

No caso em tela, pelo menos um dos referidos pressupostos não restou preenchido, uma vez que a apólice de seguro n. 41-0775-14-0145231 não garante o juízo.

Desta forma, não preenchidos concomitantemente os requisitos mencionados, incabível a atribuição de efeito suspensivo.

Isso posto:

a) Em atenção ao Agravo de Instrumento interposto (fls. 766-768), mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

b) Recebo a impugnação ao cumprimento de sentença (fls. 119-208) para discussão, negando-lhe, contudo, o efeito suspensivo pretendido, pelos motivos esposados nesta decisão.

c) Sobre a impugnação manifeste-se o impugnado/exequente em 15 (quinze) dias.

CUMPRA-SE.

(destacou-se).

E de outros precedentes, colhe-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ORDEM DE SUSPENSÃO ADVINDA DO RECURSO ESPECIAL N. 1.361.799/SP QUE NÃO MAIS PERSISTE EM FACE DO

CANCELAMENTO DO JULGAMENTO DO TEMA 947 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **PRETENSÃO DE GARANTIR A EXECUÇÃO POR MEIO DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 848, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXECUÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA NO INTERESSE DO CREDOR. ARTIGO 797 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À AGRAVANTE, ATÉ PORQUE SE TRATA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM ELEVADA CAPACIDADE ECONÔMICA.** PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL POR COTAS DE INVESTIMENTO QUE NÃO FOI APRECIADO NO PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELA CÂMARA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 4011783-19.2016.8.24.0000, Rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 1-2-18, grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU LIMINARMENTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ANTE A AUSÊNCIA DE GARANTIA. IMPUGNANTE QUE OFERTOU APÓLICE DE SEGURO. INVIABILIDADE DE ACOLHIMENTO DO TÍTULO COMO GARANTIA DO JUÍZO. ADMISSIBILIDADE SOMENTE EM CASOS EXCEPCIONAIS, POR CONTRARIAR A ORDEM DE PREFERÊNCIA LEGAL CONTIDA NO ART. 835 DO DIPLOMA PROCESSUAL, E DESDE QUE NÃO IMPLIQUE PREJUÍZO AO INTERESSE DO CREDOR. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME EXCESSIVO AO IMPUGNANTE, HAJA VISTA SUA GRANDE CAPACIDADE FINANCEIRA.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 4007236-33.2016.8.24.0000, Rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 16-3-17).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SEGURANÇA DO JUÍZO MEDIANTE SEGURO GARANTIA JUDICIAL. ART. 748, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDEFERIMENTO À ORIGEM.** RECLAMO DA EXECUTADA. ALEGADO RISCO DE PREJUÍZO. INSUBSISTÊNCIA. EMPRESA DE VASTO PODERIO ECONÔMICO. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. DEPÓSITO EM PECÚNIA ACERTADO. ORDEM DE PREFERÊNCIA ESTABELECIDO NO ART. 805 DA LEI ADJETIVA. MEIO MAIS EFICAZ E CÉLERE DE ASSEGURAR A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO.

A teor do art. 848, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC), faz-se possível a substituição da garantia em pecúnia pelo seguro garantia judicial. Todavia, incumbe ao executado demonstrar que a medida alternativa lhe é menos gravosa, bem assim assegura adequadamente a satisfação do crédito em benefício do credor.

Uma vez não demonstrados tais pressupostos, mostra-se inadmissível a garantia do Juízo por meios diversos que não o depósito em dinheiro, porque preferencial em detrimento dos demais bens elencados no art. 805 do mencionado diploma.

CAUÇÃO A SER FORNECIDA PELO EXEQUENTE. DESNECESSIDADE NO CASO. VALOR EXECUTADO MÓDICO EM COTEJO À RECEITA LÍQUIDA DA AGRAVANTE. PERIGO DE DANO NÃO VERIFICADO. ART. 520, IV, DO CPC. DESACOLHIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

A exigibilidade de caução sujeita-se ao prudente arbítrio do julgador, conforme as particularidades da casuística apresentada e desde que o depósito em dinheiro possa resultar grave dano ao executado.

Se incontroversos os expressivos rendimentos auferidos pelo devedor, de maneira que o pagamento exigido não lhe importaria quaisquer prejuízos, mostra-se desnecessária a fixação de caução em benefício daquele, notadamente porque não corroborado o perigo de dano, a teor do art. 520, IV, da normativa regente.

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA CÂMARA CIVIL ESPECIAL. JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PREJUDICADO.

(Agravo n. 4002060-05.2018.8.24.0000, Rel. Des. Ricardo Fontes, j. 14-8-18, destacou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECISÃO QUE REJEITOU O SEGURO GARANTIA JUDICIAL OFERTADO PELA PARTE EXECUTADA QUANDO DA APRESENTAÇÃO DA PEÇA IMPUGNATÓRIA, DETERMINANDO O DEPÓSITO EM JUÍZO DO VALOR ATUALIZADO DO DÉBITO APONTADO PELA EXEQUENTE - INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

ALEGADA POSSIBILIDADE DA PENHORA POR APÓLICE DE SEGURO GARANTIA - FACULDADE ATRIBUÍDA AO MAGISTRADO, A TEOR DO ENUNCIADO PELO ART. 848, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, MAS QUE É ADMITIDA EM CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL, DESDE QUE NÃO CAUSE PREJUÍZO AO CREDOR, NEM OFENDA O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR - HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA - SEGURO QUE POSSUI PRAZO DETERMINADO DE VIGÊNCIA ADEMAIS, RECORRENTE QUE SE TRATA DE CASA BANCÁRIA DE NOTÓRIA AMPLITUDE NACIONAL E PODERIO FINANCEIRO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPOSITIVA - RECURSO DESPROVIDO.

A substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia é admitida em situações excepcionais, e desde que não cause prejuízo ao credor, nem ofenda o princípio da menor onerosidade ao devedor, hipótese não verificada no caso concreto, considerando que o seguro tem prazo determinado de vigência e, por outro lado, a recorrente se trata de instituição financeira de notória amplitude nacional e poderio financeiro, de modo que não é errôneo deduzir que o valor executado é inexpressivo frente à pujança econômica da devedora.

Vale salientar que “para dar-se guarida à tese de violação do princípio da menor onerosidade, não basta apenas ao devedor sua retórica alegação, mas sim que demonstre, inequivocamente, os prejuízos que decorrerão da conduta” (Agravo de Instrumento n. 2012.026538-0, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 27/9/2012).

Todavia, a casa bancária não trouxe qualquer elemento probatório capaz de demonstrar que o depósito do valor devido pudesse lhe causar prejuízo. **Dessa feita, ausente a demonstração de qualquer situação excepcional, a garantia ofertada não pode substituir a prestação em dinheiro.**

(Agravo de Instrumento n. 4000762-75.2018.8.24.0000, Rel. Des. Robson Luz Varela, j. 19-6-18, grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - DECISÃO QUE REJEITOU O SEGURO GARANTIA OFERECIDO PELA DEVEDORA E DETERMINOU A PENHORA DE VALORES VIA BACEN-JUD - INSURGÊNCIA DA EXECUTADA - OFERTA DE SEGURO QUE DEVE PREVALECER SOBRE NUMERÁRIO EM DINHEIRO APENAS EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS - RISCO DE ABALO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA AGRAVANTE NÃO VERIFICADA - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE (CPC, ART. 620) - RECURSO DESPROVIDO.

I - A substituição do depósito em pecúnia por seguro garantia judicial deve prevalecer apenas em caráter excepcionalíssimo, especialmente quando, em prestígio ao princípio da menor onerosidade, revelar-se que a reserva em dinheiro possa causar risco de comprometimento ao desempenho das atividades da parte executada (nesse sentido: STJ, REsp nº 1.090.864/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 10.05.2011; AgRg no AREsp nº 415120/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. em 22.04.2014; TJSC, AI n. 4008910-46.2016.8.24.0000, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 18.07.2017; AI n. 0139064 60.2015.8.24.0000, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 26.01.2017).

II - Considerando as peculiaridades da hipótese em discussão, não se mostra adequada a preferência da garantia judicial em detrimento da penhora em pecúnia há muito perfectibilizada nos autos, a qual constituiria um retrocesso à dinâmica do processo executivo.

(Agravo de Instrumento n. 0142713-67.2014.8.24.0000, Rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 31-8-17).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DECISÃO QUE DETERMINOU A PENHORA PELO SISTEMA BACEN JUD. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.

OPOSIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, MEDIANTE OFERECIMENTO DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL. JUÍZO A QUO QUE NÃO ACEITOU A GARANTIA E DETERMINOU A PENHORA ON-LINE.

PRETENSÃO DA AGRAVANTE PARA QUE SEJA ACEITO O SEGURO GARANTIA, COM A LIBERAÇÃO DA PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS. PEDIDO ANÁLOGO À SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PERMITINDO A REFERIDA SUBSTITUIÇÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS E DESDE QUE NÃO CAUSE PREJUÍZO AO CREDOR, NEM OFENDA O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. CASO CONCRETO EM QUE A APÓLICE DE SEGURO SE ENCONTRA VENCIDA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. ADEMAIS, A MEDIDA PLEITEADA ACARRETARIA INARREDÁVEL PREJUÍZO AO EXEQUENTE, AINDA MAIS CONSIDERANDO QUE A EMPRESA DE TELEFONIA AGRAVANTE ENCONTRA-SE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, IMPLICANDO EM DIVERSOS PERCALÇOS ATÉ A SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. PROCESSO DE EXECUÇÃO QUE, EMBORA DEVE SER REALIZADO DE FORMA MENOS GRAVOSA AO DEVEDOR, DEVE ATENDER AO INTERESSE DO CREDOR. ART. 612 DO CPC/1973.

NÃO BASTASSE, VERIFICA-SE QUE POSTERIORMENTE O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU RECEBEU A IMPUGNAÇÃO, CONSIDERANDO GARANTIDA A EXECUÇÃO PELA PENHORA ON-LINE. CONTRADITÓRIO GARANTIDO. AUSÊNCIA DE RISCO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGRAVADO. RECURSO DESPROVIDO.

“Somente em casos excepcionais, quando cabalmente justificada e comprovada a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (CPC/1973, art 620), admite-se a substituição da penhora de dinheiro por fiança bancária ou seguro garantia judicial. Precedentes.” (AgRg no AREsp 726.208/RR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, j. 17-5-2016).

“O seguro garantia judicial como substitutivo do depósito em dinheiro no cumprimento de sentença é previsto no artigo 656, § 2º, do Código de Processo Civil. **Todavia, referida medida, por contrapor o rol preferencial disposto na mesma legislação, é indissociável do atendimento aos princípios executórios do melhor interesse do credor e da menor onerosidade ao devedor. No caso, a executada é empresa de amplitude nacional e notório porte financeiro, de modo que o montante devido não representa obstáculo à sua saúde financeira. Ademais, a garantia em dinheiro representa meio mais conveniente e célere à satisfação do pleito executivo**” (Agravo de Instrumento n. 2015.047421-8, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 15-3-2016).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 9147161-27.2014.8.24.0000, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 22-8-17, gizou-se).

Destarte, a interlocutória deve ser reformada nessa seara, a fim de que seja afastada a segurança do Juízo por meio da apresentação da apólice de seguro garantia judicial e, via de consequência, indeferir a carga suspensiva à impugnação ao cumprimento de sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos.

Com relação ao pedido de imediata expedição de mandado de penhora *online* na forma do art. 523, § 3º, do NCPC, tem-se como inviável a adoção da medida de plano neste grau de jurisdição, devendo a Magistrada de origem avaliar minuciosamente eventual possibilidade de o Banco Santander apresentar caução ou depósito em dinheiro com fincas à obtenção de efeito suspensivo.

2 Da verba advocatícia recursal

Finalmente, quanto aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma, em tese, teriam aplicação ao caso *sub judice*, em obediência à regra de direito intertemporal no art. 14 do novo Diploma Legal.

Todavia, por não ter havido, na primeira instância, condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, dada a natureza jurídica da decisão prolatada, a fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição é descabida.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se parcial provimento ao Agravo de Instrumento para reformar a interlocutória, a fim de que seja afastada a segurança do Juízo por meio da apresentação da apólice de seguro garantia judicial e, via de consequência, indeferir o efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos.

Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo*.

Apelação Cível n. 0004569-03.2007.8.24.0019, de Concórdia

Relator: Des. José Carlos Carstens Kohler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA QUE ACOLHE O REQUERIMENTO DEDUZIDO NA PEÇA PORTAL E DECLARA OS VALORES A SEREM REPETIDOS AO AUTOR. INCONFORMISMO DO BANCO.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 19-7-18. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

AVENTADA LEGALIDADE DOS DÉBITOS CONTROVERTIDOS PELO AUTOR, BEM COMO PELA HIGIDEZ DAS CONTAS PRESTADAS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS PACTOS PELA CASA BANCÁRIA. FORMA MERCANTIL EXIGIDA À PRESTAÇÃO DE CONTAS NÃO RESPEITADA COM A MERA APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS BANCÁRIOS. EXEGESE DO ART. 917 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INCIDÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE SOBRE OS LANÇAMENTOS APONTADOS PELO DEMANDANTE COMO IRREGULARES. EXEGESE DO ART. 359, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PROCEDÊNCIA DO PLEITO INAUGURAL. DECLARAÇÃO DE SALDO CREDOR EM FAVOR DO DEMANDANTE. PROVA TÉCNICA QUE APONTA, COM MINUDÊNCIA, OS VALORES DEBITADOS NA CONTA-CORRENTE E QUE NÃO POSSUEM SUSTENTÁCULO. COGENTE PRESERVAÇÃO DO *DECISUM* INVECTIVADO.

DISCUSSÃO DE FUNDO QUE DEVE OBSERVÂNCIA AO VOTO VENCEDOR PROCLAMADO NO RECURSO ESPECIAL DE N. 1.497.831/PR, PELA MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. INTELECÇÃO DO ART. 927, INCISO III, DO CPC/2015. TESE REPETITIVA QUE PROCLAMA A IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE CLAUSULAMENTOS CONTRATUAIS EM SEDE DE AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. RITO ESPECIAL QUE NÃO COMPORTA A PRETENSÃO DE ALTERAR OU REVISAR CLÁUSULAS CONTRATUAIS, EM RAZÃO DAS LIMITAÇÕES AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE OS AJUSTES E ENCARGOS QUE ABRANGE TODO O PROCEDIMENTO ESPECIAL. MAGISTRADO *A QUO* QUE NÃO TRATA DE NEGAR VIGÊNCIA AO POSICIONAMENTO PROCLAMADO PACÍFICO PARA QUESTÕES IDÊNTICAS.

SUSCITADA LEGALIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS E DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TEMAS QUE, POR TRATAREM DE VERSÕES INCOMPATÍVEIS AO PROCEDIMENTO ESPECIAL, NÃO PODEM SER DELIBERADOS. ENFOQUE DO RECLAMO OBSTADO NA SEARA.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA “CORTE DA CIDADANIA”.

REBELDIA CONHECIDA EM PARTE E IMPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004569-03.2007.8.24.0019, da comarca de Concórdia 1ª Vara Cível em que é Apelante Banco Bradesco S/A e Apelado Armando Derico Tochetto ME.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do Reclamo e negar-lhe guarida. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 20 de novembro de 2018.

Carstens Köhler

RELATOR

RELATÓRIO

Banco Bradesco S/A interpôs Apelação Cível (fls. 755-767) em desfavor da sentença prolatada pelo Magistrado oficiante na 1ª Vara Cível da Comarca de Concórdia (fls. 746-750) que, nos autos da ação de prestação de contas em segunda fase, detonada por Armando Derico Tochetto ME. em face do ora Recorrente, julgou procedente o requerimento formulado pelo Autor, cuja parte dispositiva restou vazada nos seguintes termos:

Ante o exposto, na forma do art. 487, inciso I, c/c o art. 552, ambos do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado por Armando Derico Tochetto - ME em face do Banco Bradesco S/A, declarando que é credor do réu no valor de R\$ 1.988,95 (um mil novecentos e oitenta e oito reais e noventa e cinco centavos), ao qual deverá incidir correção monetária pelo INPC desde o desembolso/desconto de cada quantia, e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido, na forma do art. 85, § 2.º, do Código de Processo Civil. (fl. 750, destaques do original).

Em suas razões recursais, a Instituição de Crédito argumenta, em resumo, que: a) diante dos documentos coligidos à porfia, não constam irregularidades a serem sanadas na conta-corrente objeto do pleito de prestação de contas; b) o Demandante é pessoa jurídica e “[...] tem responsabilidades civis, comerciais e tributárias, além de apresentar anualmente o IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica), pelo o que necessita conhecer os lançamentos ocorridos em sua conta” (fl. 762), caso contrário seria inviável exercer a sua atividade comercial; c) “[...] os lançamentos havidos na conta-corrente são, em sua grande maioria, provenientes de ações diretas do próprio requerente, enquanto os demais contam com a anuência expressa ou tácita do correntista, pois vinculados a fatos geradores efetivamente ocorridos” (fl. 763); d) a lide de prestar contas não se presta para “[...] verificar eventual abusividade na cobrança dos encargos pactuados, medida esta que deve ser enfrentada na ação própria, tal qual, ação revisional” (fl. 763); e) “[...] eventual discussão sobre fraude ou falha nos serviços prestados pela Instituição Financeira extrapola os limites objetivos da presente ação” (fl. 763); f) “[...] quanto aos valores registrados a débito ou a crédito na conta apontada pelo apelado, resta claro que são de seu pleno conhecimento, sendo este fato, inclusive, reconhecido pelo Sr. Perito nomeado ao reconhecer que a apresentação dos extratos se deu de forma detalhada” (fl. 763); e g) “[...] os juros exigidos sobre o limite de crédito foram cobrados em razão de taxas perfeitamente compatíveis com a média praticada pelo mercado atual, não podendo haver quaisquer questionamentos ou interpretações distorcidas a respeito, ademais, restou demonstrado que inexistiu capitalização de juros na conta corrente do apelado” (fl. 763).

Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do Inconformismo, a fim de que o *decisum* seja reformado para julgar improcedente o requerimento deduzido pelo Requerente, reconhecendo-se como prestadas as contas e, ainda, a inexistência de qualquer incongruência na conta-corrente objeto da lide.

Empós, vertidas as contrarrazões (fls. 771-777), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, sendo distribuídos a esta relatoria por vinculação ao feito n. 0004569-03.2007.8.24.0019 (fl. 779).

É o necessário escorço.

VOTO

Esclarece-se, por oportuno, que a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no Novo Código de Processo Civil, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 19-7-18 (fl. 751), isto é, já na vigência do CPC/2015.

1 Do Inconformismo

Advoga a Instituição de Crédito que: a) diante dos documentos coligidos à porfia, não constam irregularidades a serem sanadas na conta-corrente objeto do pleito de prestação de contas; b) o Demandante é pessoa jurídica e “[...] tem responsabilidades civis, comerciais e tributárias, além de apresentar anualmente o IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica), pelo o que necessita conhecer os lançamentos ocorridos em sua conta” (fl. 762), caso contrário seria inviável exercer a sua atividade comercial; c) “[...] os lançamentos havidos na conta-corrente são, em sua grande maioria, provenientes de ações diretas do próprio requerente, enquanto os demais contam com a anuência expressa ou tácita do correntista, pois vinculados a fatos geradores efetivamente ocorridos” (fl. 763); d) a lide de prestar contas não se presta para “[...] verificar eventual abusividade na cobrança dos encargos pactuados, medida esta que deve ser enfrentada na ação própria, tal qual, ação revisional” (fl. 763); e) “[...] eventual discussão sobre fraude ou falha nos serviços prestados pela Instituição Financeira extrapola os limites objetivos da presente ação” (fl. 763); f) “[...] quanto aos valores registrados a débito ou a crédito na conta apontada pelo apelado, resta claro que são de seu pleno conhecimento, sendo este fato, inclusive, reconhecido pelo Sr. Perito nomeado ao reconhecer que a apresentação dos extratos se deu de forma detalhada” (fl. 763); e g) “[...] os juros exigidos sobre o limite de crédito foram cobrados em razão de taxas perfeitamente compatíveis com a média praticada pelo mercado atual, não podendo haver quaisquer questionamentos ou interpretações distorcidas a respeito, ademais, restou demonstrado que inexistiu capitalização de juros na conta corrente do apelado” (fl. 763).

Todavia, o Inconformismo deve ser conhecido em parte e, quanto à parcela subsistente, inacolhido. Explica-se.

É de sabcença de todos que a ação de prestação de contas busca, de forma isagógica, o cumprimento de obrigação de fazer, amargurando também natureza condenatória.

Não obstante, na primeira fase do procedimento especial postula-se de terceiro a prestação de contas da administração de bens, negócios ou interesses. Já na segunda fase, aspira-se a condenação ao pagamento do *quantum* apurado de forma mercantil.

Com efeito, haure-se das sempre prestadias lições de Humberto Theodoro Júnior:

Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesse de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.

Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico, de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo, fixado, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora.

Não se trata, assim, de um simples acertamento aritmético de débito e crédito, já que na formação do balanço econômico discute-se e soluciona-se tudo o que possa determinar a existência do dever de prestar contas como tudo o que possa influir na formação das diversas parcelas e, conseqüentemente, no saldo final.

(*Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 42. ed., v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 79).

A seu turno, o Código Buzaid disciplinou o procedimento desta ação em seus arts. 914 e seguintes, assim redigidos:

Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver:

I - o direito de exigi-las;

II - a obrigação de prestá-las.

Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.

§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

§ 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.

Art. 916. Aquele que estiver obrigado a prestar contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, aceitá-las ou contestar a ação.

§ 1º Se o réu não contestar a ação ou se declarar que aceita as contas oferecidas, serão estas julgadas dentro de 10 (dez) dias.

§ 2º Se o réu contestar a ação ou impugnar as contas e houver necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

Art. 917. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos.

Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.

Art. 919. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de outro qualquer administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado. Sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, seqüestrar os bens sob sua guarda e glosar o prêmio ou gratificação a que teria direito.

A propósito, o Novel Código de Processo Civil alterou a sua *nomen iuris* para “ação de exigir contas”, disciplinando-a nos arts. 550 e seguintes.

In casu, analisando a sentença e o acórdão lavrados na primeira fase do procedimento (fls. 81-84 e 141-146, respectivamente), tem-se que o Requerido foi condenado a prestar as contas reclamadas, na forma do art. 917 do CPC/1973, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o Autor apresentar, de acordo com o art. 915, § 2º, do mesmo Diploma Legal.

Na seqüência, do retorno dos autos à origem, o Demandante inaugurou a segunda etapa do procedimento (fls. 220-221).

Sobreveio nova petição do Apelado às fls. 252-254, clamando pela prestação das contas pelo Banco, na forma do art. 917 do CPC/1973, sobretudo para que pudesse seguir as diretrizes do art. 915, § 3º, do referido Diploma Legal.

À fl. 259 repousa a primeira ordem de apresentação das contas, seguido de certidão de fluência *in albis* do prazo assinado (fl. 264).

O Requerente peticionou novamente clamando a prestação de contas (fls. 267-272), com nova ordem vazada à fl. 274, *in verbis*:

Intime-se o Banco réu para, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apresentar as contas, conforme sentença de fls. 81/84 e acórdão de fls. 141/146, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o Autor apresentar.

Não apresentas as contas, intime-se o autor para apresentar as contas, no prazo de 10 (dez) dias.

A Instituição Financeira objetivou a dilação de prazo para cumprir o comando (fls. 279-280 e 301), o que foi indeferido à fl. 302. No mesmo ato, consignou o Magistrado de origem o que se passa a transcrever:

Indefiro o pedido de dilação de prazo posto que o Réu foi devidamente intimado do retorno dos autos da segunda instância em 2/7/2012; bem como para apresentar contas conforme sentença (despacho de fl. 259) em 26/2/2013, tendo deixado transcorrer o prazo *in albis*.

Intimem-se, inclusive o Autor para apresentar as contas que entende devidas, no prazo de 10 (dez) dias, conforme art. 915, § 3º do CPC [1973].

A Casa Bancária, em investida de fl. 305, ajuizou os documentos de fls. 306-483.

Ato contínuo, o Requerente manejou sua “impugnação às contas” (fls. 488-499).

Uma vez concluso o feito ao Juiz de Direito, considerou-se necessária a realização de prova técnica, nomeando o respectivo Perito (fls. 500-501).

O laudo veio aos autos às fls. 598-613, subsidiado pelos papéis de fls. 614-697.

Instadas as Partes, o Banco se manifestou contrariamente ao parecer (fls. 714-717), demonstrando a opinião técnica de seu Assistente – “AGESP – Gestão em Perícias” (fls. 718-745).

Por fim, às fls. 746-750 adveio a apresentação da tutela jurisdicional ora vergastada, cuja parte dispositiva foi assim redigida:

Ante o exposto, na forma do art. 487, inciso I, c/c o art. 552, ambos do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado por Armando Derico Tochetto - ME em face do Banco Bradesco S/A, declarando que é credor do réu no valor de R\$ 1.988,95 (um mil novecentos e oitenta e oito reais e noventa e cinco centavos), ao qual deverá incidir correção monetária pelo INPC desde o desembolso/desconto de cada quantia, e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Condene a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido, na forma do art. 85, § 2.º, do Código de Processo Civil.

(fl. 750, destaques do original).

Pois bem, cuida-se de ação de exigir contas na sua segunda fase, ocasião em que incumbia ao Recorrente, empós instado, apresentar as contas “[...] em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos” (destacou-se), consoante disposição do art. 917 do CPC/1973”, consoante disciplina o art. 917 do CPC/1973.

É imperioso gizar que o Demandante impugnou os lançamentos operados pelo Banco em sua conta-corrente à fl. 493, ocasião em que apontou de forma minudente as datas dos débitos, as nomenclaturas das operações e os respectivos valores.

De mais a mais, não se descuida que é ônus da Instituição Financeira demonstrar a pactuação e a origem dos débitos efetivados nas contas de seus clientes, de modo a positivar a salubridade dos numerários postos nas relações bancárias estabelecidas.

Todavia, não havendo a demonstração do ajuste e das cláusulas específicas pelo Banco, notadamente nas porfias em que se debuxa a irregularidade dos registros, a exemplo da prestação de contas, não deve o consumidor arcar com os encargos sobre os quais sequer possui ciência.

Justamente nesses casos, deve incidir a presunção de veracidade sobre os lançamentos impugnados, cuja cobrança foi efetuada sem respaldo contratual, nos termos do art. 359, inciso I, do CPC/1973 (equivalente ao art. 400, inciso I, do CPC/2015).

A propósito, não discrepa esse Paço de Justiça, senão confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA QUE AFASTOU A INCIDÊNCIA DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE AS PARTES E RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE SALDO CREDOR EM FAVOR DA AUTORA.

[...]

CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 1.013, § 3º, III, DO CÓDIGO DE

PROCESSO CIVIL DE 2015. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS PACTOS PELA CASA BANCÁRIA. LAUDO PERICIAL QUE CONFIRMOU A INEXISTÊNCIA DOS CONTRATOS BANCÁRIOS NOS AUTOS. FORMA MERCANTIL EXIGIDA À PRESTAÇÃO DE CONTAS NÃO RESPEITADA COM A MERA JUNTADA DOS EXTRATOS BANCÁRIOS. EXEGESE DO ART. 917 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INCIDÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE SOBRE OS LANÇAMENTOS APONTADOS PELA DEMANDANTE COMO IRREGULARES. EXEGESE DO ART. 359, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PROCEDÊNCIA DO PLEITO INAUGURAL. DECLARAÇÃO DE SALDO CREDOR EM FAVOR DA DEMANDANTE.

[...]

RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Apelação Cível n. 0001171-61.2011.8.24.0034, Rel. Des. Carlos Roberto da Silva, j. 25-7-18, gizou-se).

Logo, diante da ausência de qualquer documento que fornecesse o devido sustentáculo aos valores impugnados, não devem ser consideradas como prestadas as contas pelo Banco, de sorte que o extenso laudo pericial anexado às fls. 598-613, escorado pelos papéis de fls. 614-697, tratou de, à toda evidência, esclarecer os débitos tidos por irregulares no caso *sub examine*.

Além do mais, à míngua dos ajustes de vontades justificadores dos débitos controvertidos, resulta hialina a obrigação de restituição de valores, tal qual determinado no comando admoestado.

Com efeito, não restou ao Togado de origem alternativa diversa que o acolhimento do pleito deduzido na exordial da prestação de contas, de viabilizar a revisão dos clausulamentos contratuais celebrados entre as Partes, até porque estes são alienígenas ao feito.

Ao revés, cuidou o Juiz *a quo*, dotado do procedimento estreito e específico da prestação de contas, de expungir os débitos questionados desde a exordial e, por força da carência de justificativa para os seus lançamentos, reputá-los como indevidos.

É dizer, não se negou vigência ao entendimento decantado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no voto vencedor da Ministra Maria Isabel Gallotti, no bojo do Recurso Especial n. 1.497.831/PR (tema 908), apreciado em 7-11-16, com trânsito em julgado em 28-6-17, firmou importante tese repetitiva (art. 543-C do CPC/1973, equivalente ao art. 1.036 do CPC/2015), assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS ENCARGOS CONTRATUAIS, QUE DEVEM SER MANTIDOS NOS TERMOS EM QUE PRATICADOS NO CONTRATO BANCÁRIO SEM PREJUÍZO DA POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO REVISIONAL.

1. Tese para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973: - Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas.

2. O titular da conta-corrente bancária tem interesse processual para propor ação de prestação de contas, a fim de exigir do banco que esclareça qual o destino do dinheiro que depositou, a natureza e o valor dos créditos e débitos efetivamente ocorridos em sua conta, apurando-se, ao final, o saldo credor ou devedor.

Exegese da Súmula 259.

3. O rito especial da ação de prestação de contas não comporta a pretensão de alterar ou revisar cláusula contratual, em razão das limitações ao contraditório e à ampla defesa.

4. Essa impossibilidade de se proceder à revisão de cláusulas contratuais diz respeito a todo o procedimento da prestação de contas, ou seja, não pode o autor da ação deduzir pretensões revisionais na petição inicial (primeira fase), conforme a reiterada jurisprudência do STJ, tampouco é admissível tal formulação em impugnação às contas prestadas pelo réu (segunda fase).

5. O contrato de conta-corrente com abertura de limite de crédito automático (cheque especial) é negócio jurídico complexo. Se o cliente não utiliza o limite de crédito, não há dúvida de que o banco está empregando o dinheiro do correntista na compensação dos cheques, ordens de pagamento e transferências por ele autorizadas. Havendo utilização do limite do cheque especial, concretiza-se contrato de empréstimo, cuja possibilidade era apenas prevista no contrato de abertura da conta.

6. A taxa de juros do empréstimo tomado ao banco não diz respeito à administração dos recursos depositados pelo autor da ação. Ela compreende a remuneração do capital emprestado e flutua, conforme as circunstâncias do mercado e as vicissitudes particulares, em cada momento, da instituição financeira e do cliente. A taxa de juros em tal tipo de empréstimo é informada por meios diversos, como extratos, internet e atendimento telefônico.

7. Não sendo a ação de prestação de contas instrumento processual adequado à revisão de contrato de mútuo (REsp. 1.293.558/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, relator Ministro Luís Felipe Salomão), da mesma forma não se presta esse rito especial para a revisão de taxas de juros e demais encargos de empréstimos obtidos por meio de abertura de limite de crédito em conta-corrente.

8. O contrato bancário que deve nortear a prestação de contas e o respectivo julgamento - sem que caiba a sua revisão no rito especial - não é o simples formulário assinado no início do relacionamento, mas todo o conjunto de documentos e práticas que alicerçaram a relação das partes ao longo dos anos. Esse feixe de obrigações e direitos não cabe alterar no exame da ação de prestação de contas.

9. Caso concreto: incidência do óbice da Súmula n. 283 do STF, no tocante à alegação de decadência quanto ao direito de impugnar as contas. No mérito, o Tribunal de origem, ao decidir substituir a taxa de juros remuneratórios aplicada ao longo da relação contratual e excluir a capitalização dos juros, ao fundamento de que não houve comprovação da pactuação de tais encargos, efetuou, na realidade, revisão do contrato de abertura de crédito em conta corrente, o que não é compatível com o rito da prestação de contas.

10. Recurso especial a que se dá parcial provimento para manter os juros remuneratórios e a capitalização nos termos em que praticados no contrato em exame, sem prejuízo da possibilidade de ajuizamento de ação revisional.

(destacou-se).

Em remate, diante da cogente aplicabilidade do raciocínio suso vertido à hipótese vertente, aditado ao conteúdo puramente questionador do Autor, torna-se imperiosa a preservação hígida do comando invectivado.

Diante disso, conclui-se que as alegações recursais ventiladas nos sentido de que (a) os juros remuneratórios previstos no ajuste de vontades são inferiores à taxa média, bem como de que (b) inexistente capitalização de juros no pacto, são de um todo impertinentes e inviáveis de debuxo, motivo pelo qual deixa-se de focar o Reclamo nesse viés.

2 Da verba advocatícia recursal

No que tange aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada no dia [data da publicação em cartório, recebimento dos autos na secretaria do juízo ou inserção nos autos eletrônicos], ou seja, na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma têm aplicação ao caso *sub judice*, em obediência à regra de direito intertemporal prevista no seu art. 14, que assim dispõe:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Quanto ao assunto, estabelece o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

(sublinhou-se).

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo n. 7, *in verbis*: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

Acerca da matéria, o eminente Desembargador Henry Petry Júnior, relator das Apelações Cíveis ns. 0300589-09.2015.8.24.0014, 0300590-91.2015.8.24.0014 e 0300957-18.2015.8.24.0014, julgadas pela Quinta Câmara de Direito Civil em 12-9-16, discorreu com propriedade sobre os pressupostos de cabimento dos honorários recursais:

APELAÇÕES CÍVEIS. COISAS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES DE MANUTENÇÃO DE POSSE, USUCAPIÃO E REIVINDICATÓRIA. - IMPROCEDÊNCIA DAS PRIMEIRAS E PROCEDÊNCIA DA ÚLTIMA NA ORIGEM.

[...] (3) HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESSUPOSTOS PRESENTES. CABIMENTO.

- Os honorários advocatícios recursais têm 3 (três) pressupostos: 1) sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; 2) prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e 3) trabalho adicional realizado em grau recursal, com valoração entre os limites quantitativos de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos critérios qualitativos. Sob esse prisma, a distribuição deverá se embasar na sucumbência em grau recursal, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: a) o valor atualizado da condenação; b) o valor atualizado do proveito econômico obtido; ou, não sendo possível mensurá-lo, c) o valor atualizado da causa. Porém, sendo

referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante apreciação equitativa. Inteligência dos arts. 4º e 5º da LINDB; 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; 884 do CC; 1º, 8º, 14, 85, § 2º, 6º, 8º e 11, 322, § 1º, e 1.046 do CPC/2015; 1º, *caput*, e 5º, *caput* e incs. XXXVI e LIV, da CRFB. Presentes os pressupostos, aplica-se a verba recursal.

Adotando-se o posicionamento suso citado, tendo em vista que no caso vertente o Estado-Juiz julgou procedente o requerimento deduzido na exordial, condenando o Banco ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos Causídicos do Autor, imperativa se mostra a fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição.

Assim, considerando os critérios objetivos delineados no art. 85, § 2º, do Código Fux, sobretudo o conhecimento em parte e improvimento do Recurso e, ainda, o oferecimento de contrarrazões (fls. 771-777), fixa-se a verba honorária recursal em 5% (cinco por cento) sobre o proveito econômico obtido, esclarecendo-se, para que não reste qualquer dúvida, que esse percentual deverá ser aditado ao estipêndio já fixado na origem, totalizando, em prol dos Advogados do Requerente, 15% (quinze por cento) sobre o proveito financeiro logrado.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade:

- a) conhece-se em parte do Reclamo e nega-se-lhe provimento; e
- b) fixa-se, de ofício, a verba advocatícia recursal, nos termos suso vazados.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4010325-30.2017.8.24.0000, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Jânio Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONVOLOU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. INVOCADA NULIDADE DA DECISÃO COMBATIDA. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ARTIGO 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MEIOS DE SATISFAÇÃO DOS CRÉDITOS INSTITUÍDOS NO PLANO APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES QUE NÃO FORAM SATISFEITOS OU FICARAM INVIABILIZADOS. INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES DO PLANO E INVIABILIDADE DE SUPERÇÃO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA EMPRESA QUE TÊM POR CONSEQUÊNCIA A CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE, NO CASO CONCRETO, PERDEU A SUA REAL FINALIDADE. ARTIGO 47 DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA QUE SE MOSTROU ACERTADA. ARTIGOS 61, § 1º, 73, INCISO IV, E 94, INCISO III, ALÍNEA “G”, TODOS DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. PRECEDENTES DA CORTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 4010325-30.2017.8.24.0000, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara Faz. Púb, Acid Trab e Reg Púb – Unid 100% Dig), em que é agravante Frigorio Frigorífico Rio Cerro Ltda. em Recuperação Judicial:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 4 de outubro de 2018, foi presidido pelo relator, e dele participaram os desembargadores Soraya Nunes Lins e Monteiro Rocha.

Funcionou, como representante do Ministério Público, a procuradora de justiça Eliana Volcato Nunes.

Florianópolis, 8 de outubro de 2018.

Jânio Machado
RESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Frigorio Frigorífico Rio Cerro Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão proferida nos autos da ação de recuperação judicial n. 0009085-10.2010.8.24.0036, que convolou a

recuperação judicial em falência (fls. 58/69). Sustentou, em resumo: a) a nulidade da decisão ante a violação aos princípios da vedação à decisão surpresa e do contraditório e da ampla defesa (a decisão que convolou a recuperação judicial em falência foi proferida sem que a agravante se manifestasse a respeito das “manifestações realizadas pela administração judicial e pelo Ilustre Representante do Ministério Público”); b) a ausência de descumprimento das obrigações convencionadas no plano; c) as obrigações referentes aos credores trabalhistas foram integralmente adimplidas no prazo assinalado no plano de recuperação judicial; d) o “pleito de constituição de nova hasta pública formulado à fls. 1546” nunca foi apreciado na origem; e) a constituição formal da Sociedade de Propósito Específico - SPE era de responsabilidade do administrador judicial e nenhuma providência foi tomada para este fim, não podendo a agravante ser penalizada “por omissão na prática de ato que não lhe competia”; f) o pedido liminar de suspensão do cumprimento do plano, formulado na ação n. 0305319-94.2015.8.24.0036, em que se discute a nulidade da integralização de bens imóveis no capital social da recuperanda, foi indeferido; g) ainda que frustradas “todas as formas de cumprimento do plano”, restaria “o cumprimento do plano de recuperação judicial original”, podendo o pagamento aos credores ser realizado “em pecúnia, nos prazos previstos no plano original, com redução de deságio”; h) o exame da viabilidade da empresa ou do plano de recuperação judicial compete à assembleia geral de credores e; i) a agravante vem exercendo as suas atividades regularmente e a “ausência de apresentação de documentos contábeis nos últimos anos se deu, pois, após sua nomeação, o Administrador Judicial esteve em contato uma única vez com a empresa”.

O efeito suspensivo foi indeferido em juízo de admissibilidade (fls. 2.830/2.835).

Cooperativa Regional Agropecuária Vale do Itajaí - Cravil apresentou resposta (fls. 2.838/2.842) e os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 2.847), que opinou pelo provimento do recurso (fls. 2.852/2.859).

Os autos vieram conclusos para julgamento, aqui sendo efetuada a juntada de uma petição protocolada pela agravante em data de 13.9.2018 (fls. 2.861/2.864).

VOTO

A agravante formulou pedido de recuperação judicial em **11.8.2010** alegando enfrentar grave crise econômico-financeira (fls. 72/97 do SAJ de 1º grau).

O processamento da recuperação judicial foi deferido em data de 14.9.2010 (fls. 304/307 do SAJ de 1º grau) e, após diversos percalços de natureza processual, o plano e o modificativo apresentados foram aprovados em assembleia geral de credores, realizada em **11.12.2013** (fls. 1.068/1.070 do SAJ de 1º grau).

O plano e o modificativo foram homologados em juízo, concedendo-se a recuperação judicial à empresa em **11.2.2014** (fls. 1.141/1.147 do SAJ de 1º grau).

Em data de 28.4.2014, informou-se, por meio de ofício, a existência de uma penhora de bens nos autos da ação n. 0000113-15.2008.8.24.0103/01, ajuizada contra a agravante e um de seus sócios (fls. 1.202/1.214 do SAJ de 1º grau).

As tentativas de alienação da “Unidade Produtiva Isolada – UPI” da empresa ficaram frustradas (fls. 1.285 e 1.291 do SAJ de 1º grau), sobrevivendo a petição do leiloeiro nomeado (fls. 1.293/1.299 do SAJ de 1º grau), cujos termos foram impugnados (fls. 1.310/1.311, 1.383/1.384 e 1.386/1.387 do SAJ de 1º grau).

Após a substituição do administrador judicial (1.390/1.392 e 1.542 do SAJ de 1º grau), a agravante informou, em data de 5.5.2015, o pagamento dos créditos trabalhistas, requerendo a designação de nova hasta pública para a venda de sua Unidade Produtiva Isolada - UPI (fls. 1.544/1.546 do SAJ de 1º grau).

O administrador judicial apresentou o relatório contábil da empresa (fls. 1.551/1.576 do SAJ de 1º grau) e, em petição protocolada no dia 20.6.2016, disse da impossibilidade de constituição da Sociedade de Propósito Específico – SPE em face da discussão travada na ação n. 0305319-94.2015.8.24.0036, a razão de ter pleiteado a intimação do Comitê de Credores e a convocação de nova assembleia para o exame da situação exposta (fls. 1.663/1.664 do SAJ de 1º grau).

Após a manifestação do Comitê de Credores (fls. 1.723/1.725 do SAJ de 1º grau), do administrador judicial (fls. 1.729/1.730 do SAJ de 1º grau) e do representante do Ministério Público (fls. 1.731/1.732 do SAJ de 1º grau), a digna magistrada condutora do feito convolou a recuperação judicial em falência (fls. 1.735/1.746 do SAJ de 1º grau), sendo esta a decisão objeto do recurso ora examinado.

Inicialmente, afasta-se a invocada nulidade da decisão combatida. Isso porque, conforme anotado em juízo de admissibilidade (fl. 2.833), o procurador da agravante foi intimado da conversão dos autos físicos em digitais no dia **2.8.2016** (fl. 1.705 do SAJ de 1º grau), o que se fez, aproximadamente, 2 (dois) meses depois do protocolo da petição em que os fatos que serviram de substrato para o proferimento da decisão recorrida foram narrados (**20.6.2016**, fls. 1.663/1.664 do SAJ de 1º grau) e 9 (nove) meses antes da decisão de convalidação da recuperação em falência (**24.4.2017**, fls. 1.735/1.746 do SAJ de 1º grau).

Dito de outro modo e agora com mais ênfase: a agravante poderia ter se manifestado nos autos porque sabia dos acontecimentos processuais desencadeados até o momento em que a decisão combatida foi proferida, não se vislumbrando a alegada ofensa às regras postas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e no artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015.

Além do mais, mostra-se oportuna a citação do enunciado n. 3 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”. No caso concreto, qualquer que fosse a manifestação da agravante na origem, impunha-se a manutenção da decisão que convolou o procedimento de recuperação judicial em falência, conforme será demonstrado adiante.

O tema controvertido foi examinado, com extrema suficiência, no primeiro grau, pedindo-se vênua à digna magistrada Candida Inês Zoellner Brugnoli para a transcrição de sua decisão, à guisa de fundamentos, nos termos do artigo 150 do Regimento Interno desta Corte:

“II - O processamento da presente recuperação judicial foi conturbado desde o seu início, demorando cerca de **3 (três) anos** entre a data de apresentação do primeiro plano de recuperação (24.11.2010) e a realização

da assembleia-geral de credores, em primeira convocação (13.11.2013), tendo em vista que a recuperanda utilizou-se de todos os mecanismos possíveis para que não houvesse a realização de assembleia, havendo a sua condenação, inclusive, por litigância de má-fé (fls. 756/760), mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça (fls. 1534/1539).

Como já mencionado, o plano de recuperação judicial, em sua forma final, previu duas modalidades de pagamento dos credores: própria e alternativa, esta subdividida em 2 (duas) hipóteses.

A modalidade própria, e primordial, de pagamento ocorreria mediante alienação de Unidade Produtiva Isolada - UPI, denominada UPI Incubatório, que deveria ocorrer em até 18 (dezoito) meses contados a partir do trânsito em julgado da decisão concessiva da recuperação judicial.

Acaso não alienada a UPI no referido prazo, passariam a ser aplicadas as modalidades alternativas de pagamento: a) a dação em pagamento da UPI para Sociedade de Propósito Específico - SPE, a ser constituída e cujo prazo de duração seria de 24 (vinte e quatro) meses, com a finalidade de venda da UPI; e b) o cumprimento do plano de recuperação originariamente apresentado, 'caso os Srs. Credores optem, ao final do prazo estipulado de 18 (dezoito) meses contados a partir da data de constituição da SPE para realização da venda da UPI Incubatório pela SPE, em dissolvê-la' (fl. 1110).

A UPI é formada pelos imóveis matriculados sob os ns. 5.202 e 15.840, localizados no Município de Araquari. Contudo, tais imóveis são objeto da Ação Ordinária n. 0305319-94.2015.8.24.0036 (ajuizada em 17.7.2015), apensa ao feito, e na qual os autores Jairo Holler e Andreia Fetisch Holler objetivam a declaração de nulidade da integralização de capital da recuperanda efetivada com os imóveis matriculados sob os ns. 5.202 e 15.840, porque teria ocorrido em fraude à execução, com a consequente nulidade do próprio plano de recuperação judicial, ao passo que teriam alienado os imóveis ao sócio da recuperanda, Elmo Mathias, porém não houve adimplemento do valor avençado, o que demandou o acionamento do Judiciário.

Em Juízo, em autos que tramitam na Comarca de Araquari, as partes firmaram novo acordo de valores, inclusive incluindo a ora recuperanda como devedora solidária da avença, que, novamente não foi cumprida, originando cumprimentos de sentença que resultaram na penhora dos próprios imóveis ora em comento.

Os autores da demanda esclarecem que nunca houve a transferência efetiva de titularidade dos bens, que estava condicionada ao adimplemento integral do valor de venda.

Apesar disso, a recuperanda aumentou o seu capital social e, como integralização, utilizou-se dos imóveis que compõem a UPI, sendo que, logo na sequência, formularam o pedido de recuperação judicial.

Na Consolidação do Ativo a Proposta de Modificativo do Plano de Recuperação Judicial, a recuperanda acrescentou alguns esclarecimentos sobre a UPI (fl. 1107):

'Cumpra desde já noticiar que o bem objeto da constituição da UPI Incubatório encontra-se sub-judice, consoante autos nº 103.08.000113-2/001, em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Araquari, Estado de Santa Catarina.

Importante destacar que se cuida de litígio em razão de inadimplemento de acordo homologado por sentença em razão da crise econômico-financeira da empresa Frigorio Frigorífico Rio Cerro Ltda., a qual inclusive importou no seu pedido de recuperação judicial.

Ressalta-se que a parte exequente da referida demanda judicial é credora da recuperanda no processo de recuperação judicial, justamente em razão do mencionado acordo.

Nesse aspecto, com a alienação da UPI Incubatório, o crédito existente e relativo a tal Credor Exequente será liquidado e, conseqüentemente, a ação judicial extinta em virtude do adimplemento da obrigação ora pendente'. Grifei.

Nesse ato, a recuperanda passa ‘segurança’ aos credores, indicando que a UPI está livre para venda e que inexistirá insurgência sobre tal.

Quando da realização da assembleia que resultou na aprovação do plano, os credores Tavares Fomento Comercial Ltda. e Tafac Administradora de Bens Ltda. apresentaram avaliação da UPI a todos os presentes, no importe de R\$ 5.530.404,00 (cinco milhões, quinhentos e trinta mil, quatrocentos e quatro reais), porém, concluiu-se que referida avaliação não considerou as benfeitorias do imóvel (fls. 1068/1080).

Na mesma oportunidade, esta magistrada fez questão de reforçar aos credores a importante informação de que os imóveis que constituem a UPI estavam, e ainda estão, registrados em nome de terceiros, o que poderia gerar entraves no cumprimento do plano. Porém, mesmo assim, a maioria dos credores entendeu por bem aprovar o plano de recuperação judicial, tendo como forma principal de cumprimento a alienação da UPI Incubatório (fls. 1068/1080).

Contudo, no momento de tentativa de alienação da UPI para dar início ao cumprimento das obrigações assumidas no plano, o leiloeiro, **escolhido pela própria recuperanda** (fls. 1197/1198 e 1215), após duas tentativas frustradas de venda do bem (fls. 1285 e 1107), manifestou-se nos autos indicando que os valores apontados para realização do leilão estão acima do valor de mercado, além de que as edificações estão em regular estado de conservação, mas são muito antigas, sugerindo a consideração de outra avaliação e a alteração dos percentuais mínimos de venda (fls. 1108/1114).

Referido leiloeiro apresentou nova avaliação do bem no montante de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) - fl. 1296.

Importante registrar que a avaliação apresentada pela recuperanda, no importe de R\$ 7.114.598,00 (sete milhões, cento e quatorze mil, quinhentos e noventa e oito reais), é datada de 29.11.2013 (fl. 1120/1121), enquanto a apresentada pelo leiloeiro foi emitida em 1º.7.2014, ou seja, com apenas aproximadamente 7 (sete) meses de diferença, mas destoando em R\$ 3.114.598,00 (três milhões, cento e quatorze mil, quinhentos e noventa e oito reais).

Além disso, muito embora a recuperanda sustente permanecer em atividade, o atual Administrador Judicial apresentou relatório contábil e financeiro da sua situação no ano de 2015 (fls. 1551/1576), apontando que no ano de 2014 a recuperanda **não registrou faturamento** e que, no ano de 2015, *‘vendeu o total líquido de R\$ 67.111,82 com um custo total de mercadoria vendida e produção de R\$ 122.088,32, o que proporcionou uma margem de contribuição negativa’* (fl. 1552). *‘Outro aspecto a ser considerado é o prejuízo causado no período, que foi de R\$ 145.252,43, bem como o fato de a empresa ter realizado toda a movimentação financeira através da conta caixa, sem a utilização da conta bancária, apesar da movimentação em espécie de R\$ 228.044,61. Ainda em relação ao balancete apresentado, deve-se observar que a conta clientes possui saldo a receber de R\$ 2.325.527,37, o qual é oriundo dos exercícios anteriores sem ter sido cobrado ou ajustado perdas’* (fl. 1552/1553).

Em nova manifestação (fls. 1663/1664), o Administrador Judicial elucida o término do prazo de 18 (dezoito) meses para alienação da UPI e que deveria ser procedida, em consequência, a constituição da SPE e a transferência da UPI para esta.

Não obstante, indica que *‘Tal fato causa grande preocupação (...), tendo em vista que não podem ser tomadas quaisquer providências quanto a constituição da SPE enquanto houver discussão sobre os referidos imóveis na Ação Ordinária 0305319-94.2015.8.24.0036 que narra fatos extremamente graves requerendo inclusive a nulidade do Plano de Recuperação Judicial e que podem refletir diretamente no processo de recuperação judicial’* (fl. 1663), reforçando que o próprio andamento da recuperação judicial está a mercê da resolução da referida demanda.

Como se pode claramente verificar, desde o trânsito em julgado da homologação do plano e a concessão da

recuperação judicial, ocorrido em 20.11.2014 (fl. 1432), já transcorreram aproximadamente dois anos e meio sem que houvesse o efetivo início de cumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda em seu plano, com exceção das trabalhistas, e que, em virtude da situação em discussão nos Autos n. 0305319-94.2015.8.24.0036, totalmente prejudicial à tramitação da recuperação judicial, não há a menor perspectiva de cumprimento, o que se soma, ainda, ao fato de haver grande disparidade de valores da UPI, considerando o montante apresentado pela recuperanda, e o apurado pelo leiloeiro.

Como bem assinalado pelo Administrador Judicial, até mesmo a constituição da SPE fica inviabilizada, pois o seu objeto principal seria, justamente, a alienação da UPI que, repita-se, está comprometida em virtude da discussão judicial pendente de solução nos Autos n. 0305319-94.2015.8.24.0036.

Pelo cenário, à primeira vista, poder-se-ia dizer que, como a modalidade própria de pagamento (alienação da UPI Incubatório) e a primeira modalidade alternativa de pagamento (dação em pagamento da UPI Incubatório à Sociedade de Propósito Específico - SPE) não foram exitosas, ainda haveria a possibilidade de cumprimento da segunda e última modalidade alternativa de pagamento: o cumprimento do plano originário de recuperação judicial.

Contudo, tal hipótese igualmente não pode ser satisfeita, pois, contrariamente ao sustentado e “demonstrado” pela recuperanda, esta não está mais exercendo as suas atividades empresariais e, se estiver, não há qualquer viabilidade de sua continuidade, conforme relatório apresentado pelo Administrador Judicial às fls. 1551/1576, que atesta que a recuperanda **não apresentou faturamento no ano de 2014** e que, no ano de 2015, no período verificado, ocorreu venda líquida no importe de R\$ 67.111,82 (sessenta e sete mil, cento e onze reais e oitenta e dois centavos), porém com custo de mercadoria no valor de R\$ 122.088,32 (cento e vinte e dois mil e oitenta e oito reais e trinta e dois centavos), ‘*o que proporcionou uma margem de contribuição negativa*’ (fl. 1552), situações estas que, por si sós, demonstram a inviabilidade de manutenção de funcionamento da recuperanda, pois só faz crescer o seu passivo.

Reforça a inexistência de atividade e o próprio desinteresse da recuperanda no feito, e na sua efetiva recuperação, o fato de que os procuradores da recuperanda se manifestaram pela última vez nos autos em **5.5.2015** (fls. 1544/1547). Após isso, passados quase 2 (dois) anos, não houve absolutamente nenhum novo pronunciamento.

Não bastasse isso, **a última vez que a recuperanda apresentou seus relatórios contábeis foi no ano de 2012** (fls. 782/789), descumprindo comando judicial e legal (fls. 304/307 e artigo 52, inciso IV, da Lei n. 11.101/2005), e no presente feito houve a certificação, no ano de 2014, de que a recuperanda já não estava mais em atividades há, pelo menos, 2 (dois) anos (fl. 1279).

A recuperanda tentou reverter a informação apresentando certidão emitida nos Autos n. 0302580-85.2014.8.24.0036, no ano de 2015, assinalando que o frigorífico retornou às atividades normalmente (fl. 1547).

Cronológica e isoladamente, a situação indicaria que, de fato, a recuperanda retornou às atividades e vem funcionamento regularmente. Porém, há que se analisar a situação sistematicamente, inclusive considerando as informações prestadas verbalmente pelo Administrador Judicial a este Juízo.

Apesar de a certidão de fl. 1547 indicar o retorno às atividades, a recuperanda não apresentou absolutamente nenhuma comprovação de vendas ou outras transações relacionadas à atividade frigorífica, tampouco relatórios contábeis atualizados sobre a efetiva operacionalização de seu objeto social.

Ao revés, o Administrador Judicial, em visita ao estabelecimento da recuperanda, informou que, nitidamente, na data avençada, houve a realização de algumas atividades internas para aparentar o funcionamento, porém qualquer pessoa seria capaz de identificar que o local há muito não era utilizado para a sua real finalidade.

Segundo as observações e conclusões do Administrador, as atividades da recuperada estão sim paralisadas, devido

à vistoria in loco realizada, somada ao fato de que a recuperanda não lhe fornece a documentação contábil necessária para avaliação de sua situação atual.

E o encerramento das atividades que, ao que tudo indica, já ocorreu há longa data (há alguns anos), inviabiliza, por óbvio, a execução da segunda e última modalidade de pagamento alternativa do plano de recuperação judicial.

Em conclusão, demonstrando o esgotamento de toda e qualquer possibilidade de cumprimento de quaisquer das modalidades de execução do plano de recuperação judicial, ressalto a ocorrência: do encerramento das atividades da recuperanda; de discussão judicial sobre a propriedade dos imóveis que compõem a UPI Incubatório, além de haver pedido de nulidade do próprio processamento da recuperação judicial (Autos n. 0305319-94.2015.8.24.0036); e de inconsistências acerca do real valor da UPI Incubatório.

Também é digno de nota, o que torna absolutamente suspeita a lisura do pedido de recuperação, o fato de que houve o aumento considerável de capital social e a integralização de capital da recuperanda com os imóveis que compõem a UPI Incubatório, e sobre os quais pendente discussão judicial, em **9.7.2010**, conforme alteração contratual de fls. 136/141, enquanto que o próprio ajuizamento do pedido de recuperação judicial ocorreu em **11.8.2010**, ou seja, em cerca de apenas um mês!!!

Ora, qual a lógica de haver aumento de capital social e respectiva integralização em um mês e, no subsequente, já haver a formulação de pedido de recuperação judicial?!

Por essas razões, verifica-se que o próprio processamento da recuperação judicial está totalmente comprometido, já que todas as formas de cumprimento do plano estão inviabilizadas.

O artigo 61, e seu § 1º, e o artigo 73 da Lei n. 11.101/2005, assim dispõem:

‘Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convocação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

(...)

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I - por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II - pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III - quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV - por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei. ‘

A respeito dos dispositivos, notadamente em relação ao inciso IV do artigo 73, que referencia o § 1º do artigo 61, Carlos Henrique Abrão elucida:

‘Pontua o legislador o descumprimento de qualquer tipo de obrigação como fonte primária a ensejar a convocação da recuperação em quebra, não apenas de ordem estritamente pecuniária, mas que encerre elemento caracterizado no bojo do procedimento, revelando traço de culpa, desídia, ou desinteresse de atender as observações lançadas de reorganização da empresa.

Ao ser apresentado o plano e no momento de sua aprovação pelos credores em assembleia - ato complexo - decorre uma qualidade de recuperação da empresa em torno da quantidade de obrigações hauridas ca consecução da meta desenvolvida.

Destarte, as obrigações radiografadas do plano e que se adstringem ao devedor podem ter conotação de meio e de resultado, mas ambas conjugada ou isoladamente exercem forte papel da importância na administração dos negócios.

(...)

Recomenda-se exegese cumgranum salis sob os olhos atentos da fiscalização a cargo do Ministério Público, a intervenção pontual do juízo na desenvoltura da realidade falimentar e a dimensão em termos do plano da obrigação não cumprida.

Efetivamente, a inteligência redacional somente pode levar à interpretação segura sobre a relevância da obrigação no contexto do plano e a sua importância em relação à preservação da empresa, perspectiva esta que deverá ser analisada por todos os interessados para não prejudicar o norte da atividade e prematuramente encerrar o negócio” (Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277-278).

Pela atual situação da recuperanda e por todas as ocorrências registradas nos autos, houve verdadeira perda do objeto do instituto da recuperação judicial, que justamente é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (artigo 47 da Lei n. 11.101/2005).

A recuperanda, nitidamente, não lançou esforços para cumprimento do plano de recuperação judicial, tanto que há anos não se manifesta nos autos, sendo nítido o seu desinteresse na efetivação da recuperação.

Bem por isso, por todo o contexto registrado, sendo nítido o descumprimento e a própria inviabilidade de cumprimento do plano, a convalidação da recuperação judicial em falência é medida que se impõe.” (os grifos estão no original).

Insiste-se: a decisão não merece reparos porque a convalidação da recuperação judicial em falência, com fundamento nos artigos 61, § 1º, 73, inciso IV, e 94, inciso III, alínea “g”, todos da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, mostrou-se acertada.

Afinal, na “Consolidação do Aditivo à Proposta de Modificativo do Plano de Recuperação Judicial” exibida (fls. 1.086/1.117 do SAJ de 1º grau), lê-se:

“(…) a presente Consolidação contempla duas modalidades de pagamento:

(i) própria e (ii) alternativas.

A modalidade própria de pagamento consiste na forma de pagamento já disposta no Modificativo, ou seja, alienação de Unidade Produtiva Isolada intitulada UPI Incubatório, observando-se as disposições específicas da Lei nº 11.101/2005 para tanto, bem como algumas pequenas alterações sofridas para melhor atender os interesses dos credores.

No que tange as modalidades alternativas de pagamento, estas serão utilizadas apenas e tão somente no caso de a modalidade própria não ser realizada no prazo de 18 (dezoito) meses contados a partir do trânsito em julgado da decisão que homologar o plano de recuperação judicial. As modalidades alternativas, por sua vez subdividem-se em duas formas, as quais serão melhor detalhadas adiante.

3.1.1. Da Modalidade Própria

A presente modalidade de pagamento consiste na alienação da Unidade Produtiva Isolada – UPI, denominada UPI Incubatório. A UPI é composta pela universalidade de bens de Filial da Recuperanda, conforme Contrato de Compra e Venda firmado em 08 de março de 2005 e 6ª Alteração do Contrato Social registrado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 03 de Agosto de 2010.

(...) há que se ressaltar que a UPI incubatório consiste nos seguintes bens:

a) Terreno Rural constituído pela Área D, situado no lugar denominado Areias Pequenas, no município de Araquari, Santa Catarina, com área de 57.482,36 m², com limites e confrontações de acordo com a matrícula n^o 005.202, originária da matrícula 11.671;

b) Terreno Rural constituído pela Área C-1, situado no lugar chamado Areias Pequenas, no município de Araquari, Santa Catarina, com área de 15.000,00 m², com limites e confrontações de acordo com a matrícula n^o 15.840;

(...).

A alienação da UPI Incubatório será procedida em até 6 (seis) meses, e não sendo superior a 18 (dezoito) meses, prazo este contado a partir do trânsito em julgado da decisão concessiva da recuperação judicial, conforme as disposições dos artigos 60 e 142 da Lei n^o 11.101/2005.

(...).

3.1.2. Das Modalidades Alternativas

(...).

As modalidades alternativas subdividem-se em: (i) dação em pagamento da UPI Incubatório à Sociedade de Propósito Específico de Credores Reais e Quirografários e; (ii) cumprimento do Plano de Recuperação Judicial apresentado nos autos, mantendo-se os seus termos e condições.

3.1.2.1. Da dação em pagamento da UPI Incubatório à Sociedade de Propósito Específico de Credores

(...) caso não seja efetivada a alienação da UPI Incubatório, seja por leilão, seja por meio de propostas fechadas, seja por pregão, ou ainda, por venda direta (caso assim entenda o Juízo Universal) – nos termos previstos na modalidade própria descrita no *item 3.1.1* – no prazo de 18 (dezoito) meses contados a partir do trânsito em julgado da decisão que homologar o novel plano de pagamento e conceder a recuperação judicial à Frigorio, será constituída Sociedade de Propósito Específico pelos Srs. Credores detentores de créditos com Garantia Real, Quirografários e a Recuperanda.

Para constituição da referida SPE, os Credores das Classes II e III integralizarão, a título de capital social, os valores de seus créditos, sendo que seu percentual de participação na sociedade será computada em conformidade com a proporção de seus créditos. Ato contínuo, a Recuperanda, para se efetivar a dação em pagamento, integralizará a UPI Incubatório na Sociedade de Propósito Específico.

A Sociedade de Propósito Específico terá por objeto social a venda da UPI Incubatório e, terá por prazo de duração 24 (vinte e quatro) meses, contados a partir do 19º (décimo nono) mês contados a partir da data do trânsito em julgado da decisão de homologação e concessão da recuperação judicial.

(...).

Na eventualidade de não realização de venda da UPI Incubatório no prazo especificado de 18 (dezoito) meses, a sociedade poderá ser dissolvida a critério dos Srs. Credores. Nessa hipótese, a satisfação de seus créditos se operacionalizará através da 2ª modalidade alternativa adiante descrita.

(...).

3.1.2.1. Cumprimento do Plano de Recuperação Judicial anteriormente apresentado

Ainda, como segunda forma alternativa de satisfação dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação, a Recuperanda apresenta o cumprimento do Plano de Recuperação Judicial em seus termos e condições originais quando apresentados aos autos de Recuperação Judicial, ressalvada a alteração do deságio, o qual passa de 60% (sessenta por cento), previsto no plano originário, para apenas 30% (trinta por cento).

Importante observar que a presente forma alternativa apenas ocorrerá caso os Srs. Credores optem, ao final do prazo estipulado de 18 (dezoito) meses – contados a partir da data da constituição da SPE – para realização da venda da UPI Incubatório pela SPE, em dissolvê-la.

(...):”.

Do que se viu, o plano instituiu 2 (duas) modalidades de pagamento dos créditos sujeitos à recuperação judicial: uma “própria” e outra “alternativa”. A modalidade própria consistia no pagamento dos créditos com o saldo da venda da Unidade Produtiva Isolada – UPI da empresa, a providência que deveria ser realizada em até 18 (dezoito) meses, contados da data do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano e de concessão da recuperação judicial. E, no caso de insucesso da venda, previu-se outras 2 (duas) modalidades alternativas de satisfação dos créditos: a) a dação em pagamento da UPI para a Sociedade de Propósito Específico - SPE, a ser constituída para a alienação da UPI, sendo integrada pela devedora e seus credores, com prazo de vigência de 24 (vinte e quatro) meses e; b) o cumprimento do plano de recuperação judicial, nos “termos e condições originais”, observada, apenas, a redução do deságio (de 60% para 30%).

A atenta leitura dos autos revela que a modalidade própria não foi cumprida. Afinal, o prazo estabelecido para a venda da UPI findou em 20.5.2016 (o trânsito em julgado da decisão concessiva da recuperação judicial ocorreu em 20.11.2014, fl. 1.432 do SAJ de 1º grau), sem que se realizasse a alienação do bem.

Não se ignora que a agravante requereu a designação de uma nova hasta pública no prazo de venda da UPI (5.5.2015, fl. 1.546 do SAJ de 1º grau) e que o pedido deixou de ser examinado pela digna magistrada condutora do feito. Mas a referida circunstância é irrelevante, em se considerando que o insucesso das tentativas anteriores de alienação decorreu da superavaliação dos bens que compõem a UPI (conforme afirmado pelo leiloeiro público oficial, fl. 1.293 do SAJ de 1º grau) e que a discussão se tornou inócua a partir do decurso do prazo de venda.

De igual modo, o cumprimento da primeira modalidade alternativa de pagamento dos credores ficou inviabilizado porque os bens que constituem a Unidade Produtiva Isolada – UPI (os imóveis matriculados sob os ns. 5.202 e 15.840) estão sendo discutidos na ação n. **0305319-94.2015.8.24.0036**, que tem por objeto o reconhecimento da nulidade da integralização de bens no capital social da empresa e do plano de recuperação judicial apresentado no presente feito.

Além do mais, a alegação de que nenhuma medida foi tomada para a constituição da “Sociedade de Propósito Específico” não se sustenta se o administrador judicial afirmou, em petição datada de 20.6.2016, a impossibilidade de constituição da SPE nos seguintes termos (fls. 1.663/1.664 do SAJ de 1º grau):

“(…).

Outrossim, no que se refere à petição de fls. 1342/1345, insta salientar que se exauriu o prazo de 18 meses, momento em que, de acordo com o Plano, deveria proceder-se com a constituição da SPE e respectiva transferência dos imóveis indicados pela Recuperanda.

Tal fato causa grande preocupação desta Administração Judicial, tendo em vista que **não podem ser tomadas quaisquer providências quanto a constituição de SPE enquanto houver discussão sobre os referidos imóveis na Ação Ordinária 0305319-94.2015.8.24.0036** que narra fatos extremamente graves requerendo inclusive a nulidade do Plano de Recuperação Judicial e que podem refletir diretamente no processo de recuperação judicial” (o grifo não está no original).

Registra-se: na ação n. 0305319-94.2015.8.24.0036, ajuizada por Jairo Holler e Andreia Fetisch Holler contra a agravante e seus sócios, foram alegados fatos gravíssimos relacionados aos bens componentes da UPI (afirmou-se, a título de exemplo, que a integralização dos imóveis no capital social da agravante se fez mediante fraude à execução), com indiscutível implicância neste feito. E, ao contrário do afirmado no recurso, o pedido liminar lá formulado não foi indeferido, tendo a magistrada apenas deixado de apreciá-lo diante da ausência da possibilidade de alienação dos bens e de elementos para formação de juízo seguro de convicção antes da instauração do contraditório, conforme se lê no SAJ.

O segundo meio alternativo de satisfação dos créditos também ficou frustrado em face da inatividade da empresa. Afinal, o Oficial de Justiça Eduardo Ramos Zapelini certificou nos autos, em 24.6.2014, que “A pessoa jurídica devedora não mais funciona no local, há pelo menos 02 anos” (fl. 1.281 do SAJ de 1º grau). Ademais, o administrador judicial verificou “in loco” as dependências da empresa constatando “a realização de algumas atividades internas para aparentar o funcionamento” e que “o local há muito não era utilizado para a sua real finalidade”, conforme citado na decisão combatida (fl. 1.742 do SAJ de 1º grau).

Anote-se que a agravante deixou de cumprir o dever posto no artigo 52, inciso IV, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, desde o ano de 2012 (a última conta demonstrativa mensal foi exibida em juízo em 20.6.2012, fls. 782/789 do SAJ de 1º grau), não tendo apresentado faturamento no exercício de 2014, conforme se depreende do relatório contábil exibido pelo administrador judicial (fl. 1.552 do SAJ de 1º grau), o que mais reforça a conclusão antes exposta. Não bastasse isso, em data de 6.12.2013, a credora Celesc Distribuição S/A requereu a convolação da recuperação judicial em falência sob o fundamento de que a agravante estaria sem energia elétrica (fl. 1.049 do SAJ de 1º grau), outro forte indicativo de que ela parou de exercer as suas atividades ou que o fazia de modo precário.

Registra-se: a singela exibição de notas fiscais (fls. 2.817/2.823), por si só, é insuficiente para demonstrar a retomada das atividades da empresa se elas vieram desacompanhadas de lastro probatório e se fazem referência a curto período de tempo (os documentos foram emitidos entre fevereiro e abril de 2017).

Ainda que a agravante estivesse exercendo as suas atividades com regularidade, a segunda modalidade alternativa de pagamento não poderia ser satisfeita, conforme exposto na decisão combatida. Afinal, no relatório contábil apresentado pelo administrador judicial (fls. 1.551/1.554 do SAJ de 1º grau), lê-se:

“(...) a empresa não apresentou faturamento no exercício de 2014, sendo que em 2015, esta vendeu o total líquido de R\$ 67.111,82 com um custo total de mercadoria vendida e produção de R\$ 122.088,32, o que proporcionou uma **margem de contribuição negativa**, conforme se verifica no Demonstrativo de Resultado do Exercício (...).

Outro aspecto a ser considerado é o **prejuízo causado no período, que foi de R\$ 145.252,43**, bem como o fato de a empresa ter realizado toda a movimentação financeira através da conta caixa, sem a utilização da conta bancária, apesar da movimentação em espécie de R\$ 228.044,61. Ainda em relação ao balancete apresentado, deve-se observar que a conta clientes possui saldo a receber de R\$ 2.325.527,37, o qual é oriundo dos exercícios anteriores sem ter sido cobrado ou ajustado para perdas.” (o grifo não está no original).

Do que se viu, o relatório contábil apontou que a empresa não teve faturamento no exercício de 2014 e que sofreu prejuízos sensíveis no exercício de 2015. Além disso, foi informado que a empresa não dispõe de base financeira sólida (apresentou baixo índice geral de liquidez) e, tampouco, possui condições “de liquidar suas dívidas a longo prazo” (fl. 1.554 do SAJ de 1º grau), o que inviabilizaria a adoção da segunda modalidade alternativa de satisfação dos créditos.

Nem se ignore que a implementação do segundo meio alternativo de satisfação dos créditos dependia da dissolução da Sociedade de Propósito Específico - SPE, conforme se lê na “Consolidação do Aditivo à Proposta de Modificativo do Plano de Recuperação Judicial” (fl. 1.110 do SAJ de 1º grau). E, se a sociedade não foi constituída em face da discussão existente sobre os bens componentes da UPI, a opção pela modalidade de pagamento antes referida fica inviabilizada.

Soma-se a todo o contexto antes exposto que a agravante ficou, aproximadamente, 2 (dois) anos sem intervir no presente processo até o instante em que a decisão combatida foi proferida (a última manifestação da empresa em juízo ocorreu no dia 5.5.2015, fls. 1.544/1.547 do SAJ de 1º grau, e a decisão recorrida é datada de 24.4.2017), o que revela o seu absoluto desinteresse no atingimento dos objetivos postos no artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Por fim, a discussão da impossibilidade de aferição da viabilidade econômica da empresa (fl. 20) é inócua se a convalidação da recuperação judicial em falência se fez com fundamento nos artigos 61, § 1º, 73, inciso IV, e 94, inciso III, alínea “g”, todos da Lei n. 11.101, de 9.2.2005 (descumprimento do plano de recuperação judicial). Ainda assim, a alegação formulada no recurso não se sustentaria porque um dos pedidos de convalidação da recuperação judicial em falência foi formulado pelo Comitê de Credores (fls. 1.723/1.725 do SAJ de 1º grau).

Então, diante do inadimplemento do plano e do esvaziamento da real finalidade da recuperação judicial (artigo 47 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005), a convalidação em falência era a providência que se impunha, com fundamento nos artigos 61, § 1º, 73, inciso IV, e 94, inciso III, alínea “g”, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005.

Acerca da possibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência em face do descumprimento das obrigações instituídas no plano, confira-se:

“No direito brasileiro, abstraída a hipótese de desistência, não há terceira alternativa: quem requer o benefício da recuperação judicial *ou* o obtém e cumpre *ou* terá sua falência decretada.

Pressupõe-se que o devedor, ao solicitar a recuperação judicial, está admitindo sua crise econômica, financeira ou patrimonial. Está, a rigor, assumindo sua condição pré-falimentar. Se assim é, se não obtiver a recuperação judicial ou não a cumprir, deve-se instaurar a execução concursal em atenção aos direitos dos seus credores.

(...).

Dá-se a convalidação da recuperação judicial em falência em quatro hipóteses:

(...).

d) Descumprimento do plano de recuperação. Caso, na fase de execução, o empresário individual ou a sociedade empresária em recuperação judicial não cumpra o plano homologado ou aprovado pelo juiz, tem lugar também a convalidação em falência. Nesta hipótese, os credores serão atendidos, na execução concursal, pelo valor e classificação dos créditos que titularizavam *antes* do processo de recuperação judicial. Em outros termos, a homologação ou aprovação pelo juiz do plano importou novação ou renegociação dos créditos de forma condicional. Os credores aprovaram a substituição de garantias, capitalização de crédito, prorrogação de vencimentos ou qualquer outro meio de recuperação no pressuposto de que o sacrifício de seu direito viabilizaria a superação da crise. Há, por assim dizer, uma cláusula resolutiva tácita em qualquer plano de recuperação judicial, que é o sucesso de sua implementação. Na hipótese de desobediência e convalidação da recuperação judicial em falência, opera-se a resolução do plano. Em síntese, a condição sob a qual os credores concordaram em rever seus direitos não se realizou e retornam eles, por isso, ao *status quo ante*. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, ps. 185/188).

Na Corte são encontrados precedentes confortando o que antes se expôs:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONVOLOU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. INSURGÊNCIA DA EMPRESA FALIDA.

PLEITO PELA REFORMA DA DECISÃO, COM O OBJETIVO DE RETOMAR A RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM A REALIZAÇÃO DE ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES E A LIBERAÇÃO DOS CRÉDITOS DEPOSITADOS NOS AUTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INADIMPLEMENTO DE COMPROMISSOS COM FORNECEDORES, INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS, FUNCIONÁRIOS E PRESTADORES DE SERVIÇOS. FALTA DE RECURSOS PARA AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. DEMISSÃO DE FUNCIONÁRIOS. FECHAMENTO DE SUAS UNIDADES ANTES DA DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. MANIFESTA INVIABILIDADE DE SUPERÇÃO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA. SITUAÇÃO QUE DÁ ENSEJO À DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. EXEGESE DOS ARTIGOS 61, § 1º, 73, INCISO IV, E 94, INCISO III, “G”, TODOS DA LEI N. 11.101/2005. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA QUE SE MOSTRA INEVITÁVEL E ACERTADA.

“Não havendo dados objetivos que permitam supor que a agravante tenha condições de superar sua crise no regime da recuperação judicial, mas, pelo contrário, evidenciada sua incapacidade para o cumprir o plano preestabelecido, de manter-se a sentença que convolou a recuperação judicial em falência. Agravo conhecido e improvido (TJSP, Agravo de Instrumento n. 0021377-86.2007.8.24.0000, de São Paulo, rel. Des. Lino Machado, j. 28-5-2008)”.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (agravo de instrumento n. 4015390-40.2016.8.24.0000, de Criciúma, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Dinart Francisco Machado, j. em 3.7.2018).

E:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 522 DO CPC/1973). AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DECRETOU A CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA. RECURSO DA EMPRESA RECUPERANDA.

DESCUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DE OBRIGAÇÕES QUE DECORREM DO REGIME ESTABELECIDO NA LEI Nº 11.101/05. INADIMPLEMENTO CONFESSADO PELA PRÓPRIA RECUPERANDA, A QUAL APRESENTA JUSTIFICATIVAS DESCABIDAS. TRATAMENTO PRIVILEGIADO A CREDORES DA MESMA CATEGORIA PREVISTA NO PLANO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS CREDORES NO PRAZO FIXADO.

DÉBITOS FISCAIS, IGUALMENTE, INADIMPLIDOS. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE PARTICIPA DE LICITAÇÕES PARA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES ESCOLARES A ENTES PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MANIFESTA INVIABILIDADE DE SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA EMPRESA RECUPERANDA. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA QUE SE MOSTRA INEVITÁVEL E ACERTADA.

DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Não havendo dados objetivos que permitam supor que a agravante tenha condições de superar sua crise no regime da recuperação judicial, mas, pelo contrário, evidenciada sua incapacidade de cumprir o plano preestabelecido, de manter-se a sentença que convolou a recuperação judicial em falência” (TJSP. AI n. 519.366-4/3-00, rel. Des. Lino Machado, j. 28.5.2008)” (agravo de instrumento n. 0138111-96.2015.8.24.0000, de Blumenau, Primeira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Luiz Zanelato, j. em 7.12.2017).

Com essas considerações, o recurso interposto é desprovido, mantendo-se integralmente a decisão de primeiro grau, que nenhum reparo está a merecer.

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. 0311407-13.2016.8.24.0005, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MARCAS E PATENTES. DIREITO AO USO DA MARCA “GET IT”, QUE ESTÁ REGISTRADA NO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL EM FAVOR DA APELANTE. CANCELAMENTO, PELO INPI, DO REGISTRO DA MARCA “YOU GET IT”, NA MESMA CLASSE, QUE SE ENCONTRAVA EM NOME DA APELADA. FATO NOVO A SER CONSIDERADO NO JULGAMENTO. DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA MARCA ASSEGURADO PELO ARTIGO 5º, INCISO XXIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PELOS ARTIGOS 2º, INCISO III, 122 E 129 DA LEI N. 9.279 DE 14.5.1996. EMPRESAS QUE ATUAM COMO ESCOLAS DE LÍNGUA INGLESA. CONFUSÃO POR PARTE DE CONSUMIDORES E CONCORRÊNCIA DESLEAL. LUCROS CESSANTES CONFIGURADOS. APELANTE QUE COMPROVOU ORDINARIAMENTE FIRMAR CONTRATOS DE FRANQUIA, AUTORIZANDO O USO DA MARCA “GET IT” MEDIANTE O PAGAMENTO DE “ROYALTIES”. VALOR QUE RAZOAVELMENTE DEIXOU DE GANHAR DESDE QUANDO FINDO O PRAZO ESTABELECIDO NA NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MONTANTE QUE DEVERÁ SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ ALEGADA EM CONTRARRAZÕES DE RECURSO. AUSÊNCIA DE CONDUTA PROCESSUAL DOLOSA OU INTENÇÃO MALICIOSA. INAPLICABILIDADE DOS ARTIGOS 80 E 81 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0311407-13.2016.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é apelante Get It Escola de Idiomas Ltda - ME, e apelada Gayer e Gayer Idiomas Ltda – ME:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 20 de setembro de 2018, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 24 de setembro de 2018.

Jânio Machado

RELATOR

RELATÓRIO

Get It Escola de Idiomas Ltda. - ME (Sanches de Souza & Cia Ltda.- ME) ajuizou “ação de abstenção de uso de marca cumulada com perdas e danos com pedido de tutela de urgência antecipada” contra Gayer e Gayer Idiomas Ltda. - ME sob o fundamento de que: a) é titular do direito da marca “Get It”, concedida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, vinculada aos “serviços

de educação, serviços de ensino e cursos de idiomas” (fl. 1); b) pelas redes sociais, soube que a requerida fazia uso indevido da marca como nome fantasia de escola de idiomas; c) em 2012, notificou extrajudicialmente a requerida para cessar o uso da marca, porém esta apenas incluiu a palavra da língua inglesa “you” na denominação; d) a continuidade do uso indevido da marca representa manifesta concorrência desleal. Assim, postulou: a) a antecipação da tutela para a imediata abstenção do uso da marca; b) a abstenção definitiva do uso da marca e; c) a condenação da requerida ao pagamento de indenização por dano material.

O pedido de tutela de urgência foi indeferido (fls. 112/115). Na audiência designada, a tentativa de acordo restou inexitosa (fl. 143). A requerida apresentou contestação (fls. 144/156), que foi impugnada (fls. 161/184).

Após nova manifestação da requerida (fls. 208/209), o feito foi saneado e a tutela de evidência, indeferida (fls. 210/215). A autora juntou novos documentos (fls. 220/297) e a requerida, mesmo intimada, deixou de se manifestar (fls. 298/301).

Na sequência, o digno magistrado Guilherme Mazzucco Portela proferiu sentença (fls. 302/310), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e, em consequência, CONDENO a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sob o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 2º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Imutável, archive-se. “ (os grifos estão no original).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 315/343) argumentando com: a) a inviabilidade do uso da expressão “Get It” pela requerida, uma vez que o registro da marca, pela autora, é anterior e garante a exclusividade em todo o território nacional; b) a necessidade de proteção da marca na mesma atividade comercial; c) a possibilidade de confusão aos consumidores em face da “expansão territorial da marca por meio de venda de franquias (autorização do uso da marca)” (fl. 335); d) a colidência fonética, gráfica e ideológica entre as expressões “Get It” e “You Get It”; e) a não generalidade da marca “Get It”; f) a necessidade de reparação do dano material causado pelo uso indevido da marca e; g) a necessidade de revisão dos honorários advocatícios.

Com a resposta da apelada (fls. 422/429), os autos vieram a esta Corte, sendo aqui promovida a juntada de documentos pela apelante (fls. 437/441) e pela apelada (fls. 452/455), sobre os quais houve manifestação da parte adversa (fls. 444/448 e 458/462).

VOTO

No recurso, a autora pretende, em suma, a obtenção de ordem judicial consistente na proibição de a requerida continuar a utilizar a marca “Get It” e a reparação material pelo uso indevido da marca.

A Constituição Federal estabelece que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade

das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (artigo 5º, inciso XXIX).

No plano infraconstitucional, a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, dispõe que “A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante (...) concessão de registro de marca” (artigo 2º, inciso III), valendo consignar que “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.” (artigo 122), “sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.” (artigo 129).

O artigo 124, inciso XIX, da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, estabelece que “não são registráveis como marca” a “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”.

Pelo princípio da anterioridade do registro, ao privilegiar aquele que possui o registro precedente da marca, busca-se evitar confusão entre os produtos e os estabelecimentos por meio de imagens, sinais ou expressões similares, capazes de induzir os consumidores em erro e promover a concorrência desleal. Veja-se, nesse sentido, a apelação cível n. 2013.002628-6, da Capital, da Câmara, relator o juiz Guilherme Nunes Born, j. em 9.10.2014. Isto é, ao se proteger o consumidor, acaba-se, também, evitando a concorrência desleal.

No caso concreto, à apelante e à apelada foram concedidos os registros de suas marcas no INPI. À primeira, da marca mista “Get It”, desde 13.10.2015, na classe NCL(10) 41 “Educação (Informações sobre) [instrução]; Educação (Serviços de); Ensino (Serviços de); Curso de idioma”, com a natureza “de serviço” (fl. 32). À segunda, da marca mista “You Get It Language Institute” desde 12.4.2018, também na classe NCL(10) 41 “Educação (Informações sobre) [instrução]; Educação (Serviços de); Ensino (Serviços de); Curso de idioma” e, do mesmo modo, com a natureza “de serviço” (informação disponível em “<https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController?Action=detail&CodPedido=3202216>”, acesso em 13.6.2018, o que também foi noticiado no corpo da resposta ao recurso – fl. 424).

No entanto, há de ser considerado fato novo, qual seja: a anulação, pelo próprio INPI, da concessão, o que se fez em 15.5.2018, do registro da marca em favor da apelada, “uma vez que a marca em análise é **colidente com a anterioridade 905603826, sendo suscetível de causar confusão junto ao público caso se admita a convivência com a mesma**” (informação disponível em “<https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController?Action=detail&CodPedido=3202216>”, acesso em 13.6.2018, o que também foi noticiado nas fls. 437/441, o grifo não está no original). E, mais recentemente (7.8.2018), a autarquia federal expressamente indeferiu o pedido de registro da marca anteriormente concedida à apelada, anotando que “**A marca reproduz ou imita os seguintes registros de terceiros, sendo, portanto, irregistrável de acordo com o inciso XIX do Art. 124 da LPI: Processo 905603826 (GET IT)**” (fls. 461/462, o grifo não está no original).

Dos contratos sociais das empresas litigantes, extrai-se que a apelante tem como objeto social “Escola de Idiomas, Gestão de Franquias e Ativos Intangíveis não Financeiros” (fl. 25), enquanto que

a apelada atua no “comércio varejista de livros didáticos e prestação de serviços de idiomas” (fl. 131). Indiscutivelmente, ambas trabalham com o ensino da língua inglesa, o que corrobora a possibilidade de indução de consumidores a erro, tal como reconhecido pelo INPI, especialmente diante da expansão do negócio da apelada por todo o território nacional (contratos de franquia de fls. 72/109, 221/297 e 346/418), em manifesta violação ao disposto no artigo 129 da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

Mostra-se ilegal o uso da marca pela apelada, porquanto manifesta a indevida associação entre os serviços prestados pelas empresas, o que, diante da já declarada semelhança pelo INPI, é capaz de induzir fornecedores e consumidores a erro.

Já decidiu esta Câmara:

“APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C/C INDENIZATÓRIA. RÓTULO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO PARA CAMA, MESA E BANHO. REGISTRO JUNTO AO INPI. VIOLAÇÃO DE DESENHO INDUSTRIAL. PARTE APELADA QUE EXPÕE À VENDA PRODUTO COM SIMILAR IDENTIFICAÇÃO VISUAL DAQUELE REGISTRADO PELA APELADA. CONTRAFAÇÃO CONFIGURADA. DANOS MATERIAIS. PREJUÍZO MATERIAL QUE SE FAZ PRESENTE, POIS DEMONSTRADA A CONTRAFAÇÃO. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR A SE REALIZAR

EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. Recurso conhecido e improvido”. (apelação cível n. 2015.051800-8, de Brusque, relator o desembargador Guilherme Nunes Born, j. em 28.4.2016).

E da Casa:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE NOME EMPRESARIAL E DE MARCA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. RECURSO DA AUTORA. FATO SUPERVENIENTE. REGISTRO DA MARCA CONFERIDO À RÉ ANULADO PELO INPI E CONCEDIDO À AUTORA. NECESSIDADE DE TOMÁ-LO EM CONSIDERAÇÃO AO PROFERIR O JULGAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 462, DO CPC. PARTES QUE FORAM DEVIDAMENTE INTIMADAS PARA MANIFESTAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA GARANTIDOS. Anotam Nelson Nery

Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “O ius superveniens pode consistir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiado no processo.” REGISTRO DA MARCA “ECOJET” PELO INPI CONCEDIDO À AUTORA. EFEITOS DA PROTEÇÃO EM ÂMBITO NACIONAL, NO MESMO RAMO EMPRESARIAL. EXEGESE DO ART. 129, DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA MARCA PELA DEMANDADA. IDENTIDADE DE SEGMENTO MERCADOLÓGICO. CONCORRÊNCIA DESLEAL CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A ABSTENÇÃO DO USO DA MARCA “ECOJET” PELA RÉ, SOB PENA DE MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA. SENTENÇA REFORMADA. (...)” (apelação

cível n. 2007.013100-7, da Capital - Continente, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Gerson Cherem II, j. em 14.11.2013).

Consigna-se que não se está apreciando a regularidade de qualquer dos registros (nem mesmo do cancelamento de um deles), em consonância com o entendimento que já vinha sendo aplicado na Câmara, bem como de acordo com a orientação recentemente firmada, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, pelo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. *TRADE DRESS*. CONJUNTO-IMAGEM. ELEMENTOS DISTINTIVOS. PROTEÇÃO LEGAL CONFERIDA PELA TEORIA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL. REGISTRO DE MARCA. TEMA DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, DE ATRIBUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE AUTARQUIA FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE ABSTENÇÃO, POR PARTE DO PRÓPRIO TITULAR, DO USO DE SUA MARCA REGISTRADA. CONJECTÁRIO LÓGICO DA INFIRMAÇÃO DA HIGIDEZ DO ATO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA JUSTIÇA FEDERAL.

A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: As questões acerca do *trade dress* (conjunto- imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

No caso concreto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., remetendo à Quarta Turma do STJ, para prosseguir-se no julgamento do recurso manejado por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A.” (recurso especial n. 1527232, de São Paulo, relator o ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 13.12.2017).

No que diz respeito ao pedido de reparação material, recorda-se o disposto no artigo 209 da Lei n. 9.279, de 14.5.1996:

“Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.”

Então, uma vez comprovada a violação do direito de propriedade da marca da apelante (única com registro vigente), está autorizada a reparação material (artigo 186 do Código Civil), no caso concreto consistente em lucros cessantes, ou seja, aquilo que a apelante deixou de ganhar com a concessão de licença de uso da marca à apelada, nos termos do artigo 139 da Lei n. 9.279, de 14.5.1996.

A apelante comprovou que, ordinariamente, tem firmado contratos de franquia (fls. 72/109, 221/297 e 346/418) autorizando o uso da marca “Get it” mediante o pagamento de “Taxa de Royalties (...) correspondente a 5% (cinco por cento) do faturamento bruto mensal recebido sob a venda de produtos e serviços contratados” (parágrafo único do item 13.2, da cláusula décima terceira - fls. 93/94). Assim, a título de prejuízo material, tem-se que razoavelmente deixou de ganhar o equivalente aos “royalties”, no percentual antes referido, desde 15.5.2015, quando findo o prazo da notificação para

abstenção do uso da marca “Get it” (fls. 36/46), cujo montante, na impossibilidade de sua imediata mensuração, será apurado em liquidação de sentença.

Em consequência do presente julgamento, o ônus da sucumbência é invertido, suportando a apelada o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, mantido o percentual estabelecido na sentença (20% do valor atualizado da causa), nos termos do disposto no artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, já considerada a remuneração pelo trabalho realizado pelo advogado em grau de recurso (§§ 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015).

Ultimando, não se vislumbra o comportamento malicioso da apelante ao interpor o recurso de apelação cível, para o fim de justificar a pretendida imposição da penalidade por litigância de má-fé, conforme o que foi pleiteado em contrarrazões (fls. 159/162).

Pode-se afirmar que a apelante exerceu simples prerrogativa constitucional de levar à apreciação do Judiciário os argumentos que considerou válidos para a defesa do que considera ser seu direito violado (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal), sendo, inclusive, provido seu recurso.

A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery definem o litigante de má-fé, situação que não se vislumbra nos autos:

“2. Conceito de 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. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 5.º” (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 414) (o grifo está no original).

Com essas considerações, o recurso é provido, o que se faz para julgar procedente o pedido inicial, ficando a apelada proibida do uso da marca referida no processo n. 905603826 (fl. 32), que ainda suportará o pagamento de indenização por dano material, cujo montante será apurado em liquidação de sentença. O ônus da sucumbência é invertido, mantendo-se o valor arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios.

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. 0312250-75.2016.8.24.0005, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Cláudio Barreto Dutra

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. PACTO NÃO JUNTADO NO CADERNO PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUROS REMUNERATÓRIOS. APLICAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 530 DO STJ. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E DEMAIS TARIFAS ADMINISTRATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR A PACTUAÇÃO EXPRESSA DOS ENCARGOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVER DE RESSARCIMENTO NA FORMA SIMPLES. ÔNUS SUCUMBENCIAL MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0312250-75.2016.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú Vara Regional de Direito Bancário em que é Apelante Banco Pan S/A e Apelado Juliano Costa Reinheimer.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 6 de dezembro de 2018, os Excelentíssimos Desembargadores Jânio Machado e Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2018.

Desembargador Cláudio Barreto Dutra

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Juliano Costa Reinheimer ajuizou ação revisional contra Banco PanAMERICANO S/A ao aduzir, em síntese, que as partes firmaram contrato de financiamento de veículo, que possui cláusulas ilegais e abusivas.

Em sede de antecipação de tutela, requereu a exibição do contrato de financiamento, por parte do Banco, o depósito dos valores incontroversos, e a manutenção da posse do veículo, bem como que a requerida se abstinhasse de inscrever o nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito.

No mérito, requereu: a) aplicação do Código de Defesa do Consumidor; b) inversão do ônus da prova; c) limitação dos juros remuneratórios ao patamar máximo de 1% ao mês; d) vedação da capitalização de juros; e) impossibilidade da cobrança da comissão de permanência e afastamento de sua cumulação com correção monetária; f) condenação do Banco ao pagamento de indenização por danos morais; g) nulidade de demais cláusulas abusivas; h) repetição do indébito, em dobro, h) e concessão do benefício da justiça gratuita (fls. 1-25).

O juiz determinou a emenda da inicial, para a juntada de documentos que comprovassem a hipossuficiência da parte (fls. 33-34).

A antecipação de tutela foi indeferida, determinando-se a exibição do contrato firmado entre as partes, sob pena de aplicação do previsto no artigo 400 do CPC (fls. 39-43).

O autor apresentou pedido de emenda a inicial, reiterando os argumentos já espostos e, também, requerendo a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2170-36/2001, bem como a ilegalidade da cobrança de TAC e TEC (fls. 58-69). A emenda foi recebida (fl. 70).

Citado, o Banco contestou, aduzindo, preliminarmente, a inépcia da inicial, e no mérito, a legalidade das cláusulas pactuadas. Postulou pela improcedência dos pedidos do autor, e sua condenação nas custas legais. Juntou aos autos um único documento, intitulado “sumário de cédula de crédito bancário”, que não possui assinatura do autor (fls. 76-84).

Houve réplica (fls. 106-117).

Sobreveio sentença de parcial procedência, nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na presente ação de revisão de contrato proposta por Juliano Costa Reinheimer contra Banco Pan-americano S.A. para, em consequência: a) rejeitar a preliminar de ausência de cumprimento do disposto no art. 330, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil; b) reconhecer a incidência das normas de proteção de consumo (CDC), mas indeferir a produção de demais meios de prova, eis que despiciendos (pericial); c) em face da não exibição do contrato pela instituição financeira, embora intimada para tanto, aplicar as sanções do art. 400 do Código de Processo Civil; d) indeferir o pedido de reconhecimento de incorreção nos valores cobrados e rejeitar o pleito de revisão, de ofício, de cláusulas abusivas e excessivamente onerosas; e) indeferir o pedido de revisão do contrato com base na teoria de lesão; f) limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado informada pelo BACEN para operação de crédito de mesma espécie e vigente no momento da sua pactuação, ressalvando a possibilidade de prevalecer o percentual contratado, na hipótese de ser mais vantajoso ao consumidor; g) não reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (reeditada sob o n. 2.170-36/2001); h) vedar a capitalização em qualquer periodicidade; i) vedar a incidência dos efeitos da tabela price; j) vedar a cobrança comissão de permanência e, por corolário, declarar prejudicado o pedido de vedação da sua limitação aos índices do INPC, bem assim o pleito de vedação da sua cumulação com juros remuneratórios, correção monetária e multa; k) vedar a exigência da multa contratual e declarar prejudicado o pedido de sua limitação à taxa de 1%; l) vedar a cobrança das tarifas impugnadas na peça inicial, quais sejam, as tarifas de abertura de crédito (TAC), de emissão de carnê (TEC) e de registro de contrato, acaso exigidas; m) vedar a transferência do ônus de cobrança para o consumidor n) rejeitar o pedido de expedição de ofício ao Ministério Público para apurar a prática de qualquer delito penal por parte da instituição financeira ré, ressalvando-se a possibilidade de a parte autora efetuar a comunicação por sua própria iniciativa; o) rejeitar o pedido de condenação da instituição financeira ré ao pagamento de danos morais em favor da parte autora; p) não afastar a mora da parte autora e manter a decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela; q) determinar a restituição, na forma simples, dos valores a pagos a maior pela parte autora, corrigidos monetariamente pelo INPC/IBGE a contar de cada desembolso, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Em decorrência da sucumbência mínima da parte autora, CONDENO a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), na forma do artigo 85, § 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, certifique-se e recolhidas eventuais pendências, ou tomadas as providências neste sentido (GECOF), arquivem-se, com baixa nos registros.

O Banco apelou, e pugnou, em síntese, pela manutenção dos juros remuneratórios pactuados, a legalidade da capitalização de juros, a legalidade da cobrança de TAC e TEC, a legalidade da comissão de permanência, e o não cabimento da repetição de indébito (fls. 148-158).

Com as contrarrazões (fls. 164-175), ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação revisional.

Na hipótese, a instituição financeira, embora devidamente intimada para exhibir o contrato celebrado entre as partes, sob pena de incidência da sanção prevista no artigo 400 do Código de Processo Civil, juntou aos autos apenas documento denominado “sumário de cédula de crédito bancário”, sem a devida assinatura das partes (fl. 84).

Assim, evidente, que tal documento não se presta para verificar a existência ou não de abusividades no ajuste, porquanto desprovido de assinatura.

Nesses termos, escoreita a sentença que impôs a aplicação da penalidade prescrita no artigo 400, inciso I, do CPC.

Juros remuneratórios

Pugnou o Banco pela manutenção dos juros pactuados.

As definições, particularidades e contexto jurisprudencial podem ser colhidos do estudo elaborado quando do julgamento da ACV n. 2014.031450-0.

Importante, entretanto, destacar as orientações formuladas por ocasião do julgamento do REsp 1.061.530/RS, afeto ao rito dos recursos repetitivos, em que se estabeleceu:

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

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 (STJ, rela. Mina. Nancy Andriahi, Segunda Seção, julgado em 22-10-2008).

Consignou a relatora que “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”.

Com efeito, a taxa média não é um valor estanque, mas sim um percentual apurado a partir dos índices máximos e mínimos praticados pelas instituições financeiras mês a mês no Brasil. A compreensão da taxa média como índice limitador nos contratos bancários vai de encontro aos cálculos aritméticos e aos princípios constitucionais da ordem econômica (artigo 170 da CF).

O voto do Ministro João Otávio Noronha, proferido na mesma sessão de julgamento do REsp 1.061.530/RS, não deixa dúvida sobre a taxa média não poder ser interpretada como limitador, mas somente como referencial:

É evidente que, em se tratando de juros remuneratórios, há de ser apreciada a questão da abusividade das taxas; não tenho dúvida quanto a isso. Tal análise, contudo, há de ser feita caso a caso. *Data vênia*, não vejo como pode esta Corte tarifar ou tabelar tal encargo financeiro como forma de estabelecer um paradigma para o diagnóstico da abusividade da taxa contratada. E por que me posiciono contra o tarifamento ou tabelamento dos juros? A um, porque essa não é uma atribuição que nos é dada pela Constituição Federal. A dois, porque entendo que decisão dessa natureza acaba por penalizar ou prejudicar aquele que a lei quer proteger, ou seja, o consumidor. Os agentes econômicos têm inteligência e instrumentos suficientes para contornarem um eventual (e absurdo) tabelamento judicial dos juros. Em caso tal, a primeira consequência seria um aumento radical das taxas cobradas como forma de elevar a “taxa média de mercado”, o que encareceria sobremaneira o custo da moeda para os tomadores, mormente para aqueles com menor potencial negocial, como os consumidores (grifou-se).

O repetitivo deixou claro que as taxas divulgadas pelo Bacen constituem-se apenas em referenciais de aferição de abusividade, a serem sopesados sem rigidez e de acordo com o caso em concreto.

Portanto, deve ser respeitada a pactuação das partes quando se apresenta razoável em relação às taxas aplicáveis para as mesmas espécies de contrato. A minoração do índice não pode ocorrer simplesmente porque existem outras instituições que cobram menos. Essa avaliação (da melhor taxa de juros) compete ao consumidor interessado em realizar a transação bancária quando da escolha da instituição financeira (STJ, AgRg no Ag n. 712.198/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJU 02-09-2009; AgRg nos Edcl no Ag n. 874.366/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJU 05-11-2008).

Contudo, não houve a juntada do contrato para a análise em questão, não se sabendo se há cláusula prevendo o percentual de juros remuneratórios que seria cobrado pelo Banco para as referidas relações negociais.

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete sumular n. 530 em que assevera a aplicação da taxa média de mercado no caso em que se verificar a impossibilidade de determinar a taxa de juros contratada por ausência da pactuação, hipótese, aliás, idêntica à dos autos. Senão, veja-se:

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Logo, merece ser mantida a sentença, que fixou os juros remuneratórios à taxa média de mercado, ressalvada a possibilidade de prevalecer o percentual contratado, na hipótese de ser mais vantajoso ao consumidor.

Capitalização de juros

Aduz o Banco que não há ilegalidade na capitalização de juros pactuada entre as partes, merecendo ser reformada a sentença.

O Superior Tribunal de Justiça, bem assim este Tribunal, reconheceram a legitimidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001 ao admitir a capitalização mensal de juros em contratos bancários firmados a partir de 31-3-2000 e desde que expressamente pactuada.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado por meio da Súmula 541 do STJ: “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”.

Na hipótese, a falta do contrato firmado entre as partes inviabiliza verificar a incidência da capitalização dos juros, em qualquer sistema de amortização, impossibilitando sua cobrança.

Portanto, nega-se provimento ao apelo na questão. Dessa forma, deve ser mantida a sentença no ponto.

Comissão de Permanência

Requer a manutenção da cobrança da comissão de permanência.

Com relação à matéria, o Superior Tribunal de Justiça, mediante a edição da Súmula n. 472, pacificou entendimento no qual:

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.

Dessa forma, infere-se que a comissão de permanência, caso contratualmente prevista, deve incidir como único e exclusivo encargo da anormalidade, contanto que limitada à soma dos juros remuneratórios previstos para o período da normalidade, juros moratórios até o limite de 12% ao ano e multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, esta nos termos do artigo 52, § 1º, do CDC.

Conforme já consignado, o apelante deixou de juntar aos autos cópia do contrato firmado entre as partes, inviabilizando, desse modo, a verificação da expressa previsão do encargo em análise, o que torna impossível admitir a sua incidência.

Sendo assim, não merece provimento o recurso, no tópico.

Tarifas administrativas

Defende, também, a legalidade da cobrança de tarifas.

Na sentença, restou afastada a TAC, TEC e quaisquer tarifas não pactuados expressamente.

Sobre o tema, o STJ já se manifestou no sentido da necessidade de expressa pactuação para a cobrança das tarifas administrativas. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E CONTRATOS BANCÁRIOS. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TARIFAS ADMINISTRATIVAS. LEGALIDADE. ABUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA. DEVIDAMENTE CONTRATADAS. MULTA DIÁRIA. COBRANÇA AFASTADA. 1. Tarifas bancárias que não estejam nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN) e ostentem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas. Precedentes. [...] (AgInt no AREsp 646.684/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15-5-2017, grifou-se).

Assim, é vedada a cobrança de qualquer tarifa sem a prévia e expressa pactuação, em atenção ao princípio da transparência nas relações contratuais.

No caso, ante a não exibição do contrato para se aferir a pactuação, mantém-se a sentença que afastou a cobrança de qualquer tarifa.

Colhe-se dos precedentes desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATO. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. [...] TARIFAS ADMINISTRATIVAS. TAC E TEC. COBRANÇA AUTORIZADA DESDE QUE EXPRESSAMENTE PACTUADA NA AVENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CONTRATOS DANDO CONTA DA PRÉVIA CONTRATATAÇÃO. [...] (ACVI n. 2015.046063-5, de Rio Negrinho, rel. Des. Guilherme Nunes Born, julgada em 6-8-2015).

Logo, mantém-se a sentença na *quaestio*.

Repetição de Indébito

Não merece amparo o reclamo do Banco também nesse ponto, uma vez que é seu dever promover a devolução dos valores eventualmente cobrados a maior, em face do princípio que veda o enriquecimento sem causa a uma das partes da relação contratual (artigo 884 do CC).

Assim, caso apurado eventual pagamento indevido, será dever da instituição financeira promover a devolução de valores eventualmente cobrados a maior, na forma simples, ou sua compensação, uma vez que não restou demonstrada a má-fé ou o dolo por parte daquela, não sendo necessário, ainda, a comprovação de erro.

Logo, nega-se provimento no item.

Ônus sucumbencial

Do resultado do julgamento, tem-se que as razões recursais foram rejeitadas na integralidade, motivo pelo qual a distribuição do ônus da sucumbência deve ser mantida tal como fixada na sentença.

Por fim, em atenção ao artigo 85 e parágrafos, do CPC, majoram-se os honorários advocatícios em R\$ 500,00, destinados ao patrono da parte apelada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

É o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Mandado de Segurança n. 4017080-36.2018.8.24.0000, de Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Arthur Jenichen Filho

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA O CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA SÓCIOEDUCATIVO NA UNIDADE DE SEMILIBERDADE DA CIDADE DE CRICIÚMA. REGÊNCIA DO EDITAL N. 004/2018. IMPETRANTE QUE FOI REPROVADO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL EM RAZÃO DA OMISSÃO DE EXISTÊNCIA DE BOLETINS DE OCORRÊNCIA E CONGÊNERES, EM SEU NOME, POR SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE AMEAÇA E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PENALIDADE EXPRESSA NO EDITAL PARA O CASO DE OMISSÕES NO PREENCHIMENTO DO QUESTIONÁRIO DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL – QIS. PENALIDADE VÁLIDA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES NESTE GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.

“Deve-se salientar que a hipótese dos autos não diz respeito à eliminação de candidato por processo criminal não transitado em julgado ou já arquivado. No caso, a rejeição ocorreu em virtude de não ter sido prestada informação relevante sobre seus antecedentes criminais, o que afasta a alegativa de violação do princípio constitucional da presunção de inocência” (Mandado de Segurança n. 2012.005995-2, da Capital, Relator: Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 13/06/2012) (TJSC, Mandado de Segurança nº 2015.003698-4, da Capital. Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, julgado em 08/07/2015 - grifei). ORDEM DENEGADA. (TJSC, Mandado de Segurança n. 4012107-72.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 23.8.2017).

ORDEM DE SEGURANÇA DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4017080-36.2018.8.24.0000, da Comarca de Tribunal de Justiça em que é Impetrante Osmar Cook Netto e Impetrado Presidente da Comissão do Processo Seletivo Simplificado Edital 001/2018 e outros.

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 Presidente Pedro Manoel Abreu Desembargador Vilson Fontana, Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Odson Cardoso Filho, Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Hélio do Valle Pereira e Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 24 de outubro de 2018.

Desembargador Arthur Jenichen Filho

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Osmar Cook Netto contra ato supostamente ilegal do Presidente da Comissão do Processo Seletivo Simplificado regido pelo Edital n. 004/2018 e do Secretário de Estado da Justiça e Cidadania.

Alega que realizou o referido processo seletivo e obteve aprovação, razão pela qual atingiu a 15ª posição na lista classificatória para assunção na comarca de Criciúma; que foi considerado não recomendado na fase de investigação social.

Pugna seja concedida liminar para que possa participar no Curso de Formação que ocorreria de 6.7.2018 a 20.8.2018, e ao final, concedida a ordem de segurança definitiva para que prossiga no certame.

Por meio da decisão interlocutória de fl. 99-102 a liminar foi negada.

Informações prestadas pela autoridade coatora à fl. 108-127 e à fl. 138.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Eliana Volcato Nunes (fl. 167-172), pela concessão da segurança.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

O impetrante alega que foi aprovado no Processo Seletivo Simplificado regido pelo Edital n. 004/2018, para o cargo de Agente de Segurança Sócioeducativo para a unidade de semiliberdade da cidade de Criciúma.

Consta ainda em sua peça preambular:

Em que pese tenha sido convocado para comparecer na Sede da Academia da Justiça e Cidadania - ACADEJUC, situada na Rua Heitor Blum, nº 280, Bairro Estreito, Florianópolis/SC, para entregar os documentos para a contratação, no dia 04 de julho de 2018 às 08:30 horas, que assim o fez, no dia 02 de julho de 2018, **o impetrante recebeu parecer da comissão do processo seletivo acerca do Questionário de Investigação Social (QIS) onde consta NÃO RECOMENDADO para o cargo.**

Segundo o parecer “**conforme informação levantada na Investigação Social realizada pela Diretoria de Inteligência e Informação verificou-se que o candidato apesar de mencionar vários registros policiais pretéritos, foi omitida na folha 07 do QIS a existência de Termo Circunstanciado nº 157/2011 - DPC de Laguna - Autor por infringir o Artigo 147 do Código Penal e Unidade 379 (Laguna _ DPCAMI) Ano 2018 - nº 161 - estupro de vulnerável**”. (fl. 1, grifei).

Defende-se nos seguintes termos:

No entanto, **o ato de eliminação em clara ofensa ao princípio da presunção de inocência**, conforme relatado acima, por ser abusivo e ferir direito líquido e certo do impetrante, só poderá ser afastado pela impetração do presente mandado de segurança. (fl. 3, grifei).

No entanto há se separar o que realmente ocorreu do fundamento da defesa; a banca negou o prosseguimento do impetrante no certame não pelo conteúdo dos boletins de ocorrência, mas pela **omissão da existência deles**. Logo, esse **é o ponto que deve ser trabalhado** neste voto.

O item 14 do edital, que trata da fase eliminatória, que é a investigação social, assim prevê:

14.2. Os candidatos aprovados na SELEÇÃO **deverão possuir conduta social ilibada** conforme item 2.1, alínea “h” do presente Edital.

[...]

14.5. **Fica eliminado do Processo Seletivo o candidato em que for constatada inexistência de dados fornecidos, informações não declaradas**, omitidas ou declaradas falsamente da vida pregressa que o desabone, bem como o não cumprimento dos prazos para apresentação do termo de defesa. (fl. 46, grifei).

A decisão administrativa de fl. 81 é clara ao mencionar que o candidato foi considerado **não recomendado** e eliminado do certame **por ter omitido** a existência do **Termo Circunstanciado** n. 157/2011, por supostamente infringir o art. 147 do Código Penal, bem como omitiu a existência da Unidade 379 (Laguna – PCAMI – ano 2018 – Número 161 – **Estupro de Vulnerável**).

Asseverou o impetrante, em contra-ataque, que não tinha conhecimento de todos os boletins de ocorrência e congêneres que envolviam seu nome, razão pela qual não se omitiu, vez que não detinha ciência.

Contudo, não é demais lembrar que *“o edital é a lei que rege o certame. É a lei interna do concurso público e vincula, inexoravelmente, o candidato às suas regras, tendo em vista que o concurso subordina-se aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. [...]”*. (TJSC, Mandado de Segurança n. 4016917-27.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 24-05-2017).

À vista disso, o fundamento de que não detinha conhecimento de todos os boletins de ocorrência é estéril; isso porque ao tomar conhecimento das regras do edital, a ele o impetrante está vinculado. Por isso, já sabia de antemão que teria a responsabilidade de esgotar todo e qualquer meio que lhe fosse disponível para que pudesse cumprir o exposto na lei que rege o certame.

Há se salientar que a investigação social pode ser realizada como critério classificatório em concurso público, em decorrência do princípio deontológico da moralidade, o qual está inserido no art. 37 da Constituição Federal; logo, a feitura do QIS (questionário de investigação social) não é ilegal. O *plus* a ser considerar no caso em tela, a fim de frisar a importância de tal procedimento, é que o cargo pretendido pelo impetrante é de um agente de segurança, o que exige extrema cautela da Administração Pública ao realizar o processo seletivo, que neste caso, é autorizado pela Lei Complementar n. 260/2004, que foi regulamentado pelo Decreto n. 1.545/2004, este que assim dispõe:

Art. 4º **A contratação de pessoal de que trata este Decreto dar-se-á mediante processo seletivo simplificado**, por tempo determinado e será regido por este Decreto e editais específicos, com publicação no Diário Oficial do Estado.

[...]

§ 2º **A contratação de pessoal, depende de classificação prévia em processo seletivo**, que terá validade de dois anos.

§ 3º **A seleção dos candidatos consistirá** no somatório de pontos de contagem de títulos, **sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do órgão ou entidade contratante venham a ser exigidas**, com base em critérios estabelecidos pela Secretaria de Estado da Administração.

Denota-se da lei de regência, e da interpretação sistemática das normas, que o edital pode conter a exigência de que o candidato possa ser investigado socialmente a fim de que a reputação ilibada, exigida por meio do princípio da moralidade no âmbito da Administração Pública, seja fielmente perquirida.

Se o edital continha penalidade para caso alguma informação fosse omitida pelo impetrante, ela deve ser respeitada.

Nessa senda é do Grupo de Câmaras de Direito Público:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. EDITAL Nº 003/2017/SJC. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, POR PRAZO DETERMINADO, AO CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO, PARA A PENITENCIÁRIA DE FLORIANÓPOLIS. REPROVAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO SOCIAL, SOB A JUSTIFICATIVA DE QUE **O IMPETRANTE TERIA OMITIDO A EXISTÊNCIA DE 4 BOLETINS DE OCORRÊNCIA CONTRA SI LAVRADOS. SUBSISTÊNCIA DA RECUSA. OBRIGAÇÃO DO CANDIDATO DE PRESTAR AS INFORMAÇÕES SOLICITADAS NO QUESTIONÁRIO DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL, DE FORMA CLARA, DETALHADA E FIDEDIGNA. PREVISÃO EDITALÍCIA NESTE SENTIDO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.** “Deve-se salientar que a hipótese dos autos não diz respeito à eliminação de candidato por processo criminal não transitado em julgado ou já arquivado. **No caso, a rejeição ocorreu em virtude de não ter sido prestada informação relevante sobre seus antecedentes criminais, o que afasta a alegativa de violação do princípio constitucional da presunção de inocência**” (Mandado de Segurança n. 2012.005995-2, da Capital, Relator: Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 13/06/2012) (TJSC, Mandado de Segurança nº 2015.003698-4, da Capital. Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, julgado em 08/07/2015 - grifei). ORDEM DENEGADA. (TJSC, Mandado de Segurança n. 4012107-72.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 23.8.2017, grifei).

Denota-se do norte jurisprudencial que a omissão de informação relevante é motivo plausível para não se recomendar o impetrante ao cargo de agente de segurança; a boa-fé quanto a sua retidão na prestação de informações imperativas ficou fortemente abalada.

Ademais, como mencionado na liminar de fl. 99-102, *“a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a Investigação Social não se resume a analisar somente a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também a conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando investigar o padrão de comportamento do candidato à carreira policial em razão das peculiaridades do cargo, que exige retidão, lisura e probidade do agente público”* (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 45229/RO, relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgada em 10.03.2015).

Dessarte, uma vez fixada a exigência de o candidato prestar informações claras sobre a sua vida pregressa, a omissão de informações é, ao meu sentir, motivo derradeiro para a atitude da comissão do concurso em não recomendá-lo com base na penalidade prevista no edital para o caso.

Ante o exposto, voto no sentido de **DENEGAR** a ordem de segurança.

Este é o voto.

Agravo Interno n. 4000394-66.2018.8.24.0000/5000, de Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Ronei Danielli

AGRAVO INTERNO. DECISÃO EXTINGUINDO O MANDADO DE SEGURANÇA MANEJADO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA IMPETRAÇÃO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE TEM CARÁTER DE IMPUGNAÇÃO DE LEI EM TESE. SÚMULA N. 266 DO STF. MANIFESTA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FUNDAMENTAÇÃO FRONTALMENTE CONTRÁRIA AO COMANDO LEGAL DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR N. 127/1994. SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA, AUXILIARES E JUÍZES DE PAZ QUE SÃO ENQUADRADOS COMO AGENTES EM REGIME ESPECIAL DE COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO (ART. 236 C.F.). SINGULARIDADE DAS FUNÇÕES EXERCIDAS. LEGALIDADE DO ACÓRDÃO DA CORTE DE CONTAS DETERMINANDO A REPUBLICAÇÃO DOS DEMONSTRATIVOS COM PESSOAL DO PODER EXECUTIVO A PARTIR DO 1º QUADRIMESTRE DE 2013 A FIM DE CONSTAR EM SEUS GASTOS AS DESPESAS DE PESSOAL COM PAGAMENTO DOS INATIVOS E PENSIONISTAS DA REFERIDA CATEGORIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O fato do Poder Judiciário exercer as funções disciplinares e o controle administrativo das atribuições destes agentes não desnatura, em absoluto, o caráter peculiar de suas atividades e o enquadramento funcional diferenciado atribuído pela Constituição Federal.

O art. 3º da Lei Complementar n. 127/1994 é expresso ao determinar que o Poder Judiciário irá apenas operacionalizar o pagamento das despesas dos servidores supracitados, inexistindo dúvidas quanto à responsabilidade apregoada ao Executivo pelo termo “empenhadas”, visto que empenho é “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (art. 58 da Lei n. 4.320/64).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 4000394-66.2018.8.24.0000/5000, da comarca de Tribunal de Justiça em que é Agravante Estado de Santa Catarina e Agravado Poder Judiciário – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer o recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Fernando Boller, Des. Odson Cardoso Filho, Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Des. Hélio do Valle Pereira, Desa. Denise de Souza Luiz Francoski, Des. Vilson Fontana, Des. Paulo Ricardo Bruschi, Des. José Agenor de Aragão, Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Des. João Henrique Blasi e Desa. Sônia Maria Schmitz.

Florianópolis, 28 de novembro de 2018.

Desembargador Ronei Danielli

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão monocrática que indeferiu a petição inicial do seu mandado de segurança, diante da manifesta ausência de requisitos legais para a impetração.

Sustenta a impossibilidade de julgamento monocrático para extinção do mandado de segurança, diante da existência de direito líquido e certo a ser amparado, de forma que o pronunciamento recorrido julgou sem resolução de mérito matérias de cunho meritório.

Aduz que os serventuários, auxiliares da justiça e os juízes de paz são agentes públicos que não possuem vínculo funcional com o Poder Executivo, não recebendo dele qualquer espécie remuneratória a ser carregada à inatividade e gerar o direito também a pensionamentos.

Ressalva que os juízes de paz exercem funções estritamente ligadas à atividade jurisdicional, cabendo ao Tribunal de Justiça arcar com o pagamento de seu sistema previdenciário, em conformidade com o que ocorre com seus servidores.

Alega que o termo “repasse” da Lei Complementar n. 127/1994 tem por significado que o Poder Executivo deve transferir ao Judiciário, juntamente de todas as outras verbas das leis orçamentárias, as receitas para pagamento das aposentadorias e pensões da referida categoria.

Pontua que a leitura conjunta dos arts. 169 e 236 da Constituição Federal com o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal permite identificar que compete apenas ao Poder Judiciário o pagamento das aposentadorias e pensões questionadas.

Foram apresentadas contrarrazões.

Esse é o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado pelo Estado de Santa Catarina contra ato supostamente ilegal atribuído ao Presidente do Tribunal de Contas do Estado, consubstanciado na decisão administrativa proferida pela Corte de Contas nos RECs. n. 16/00138796 e 17/00496120 determinando a republicação de todos os Demonstrativos de Despesas de Pessoal do Poder Executivo, a partir do 1º quadrimestre de 2013, com inclusão dos gastos relativos aos inativos pertencentes às categorias de Serventuários de Justiça, Auxiliares e Juízes de Paz e seus pensionistas como integrantes da classe de despesas de pessoal do Poder Executivo, afastando sua classificação como gastos do Poder Judiciário.

Em decisão monocrática, indeferi a petição inicial do *writ*, nos termos do art. 10 da Lei n. 12.016/2009, diante da manifesta ausência de requisitos legais para o manejo do remédio constitucional, razão pela qual se insurge o Estado por meio do presente agravo interno.

Primeiramente, consigna-se a possibilidade de aplicação do art. 10 da Lei n. 12.016/09 ao caso, pois os pedidos de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei Complementar n. 101/2000 e do art. 3º da Lei Complementar n. 127/1994 são o principal fundamento da ação, confundindo-se com a própria razão da impetração.

Ainda que o pedido final seja pela anulação do acórdão do TCE/SC, vê-se que a decisão impugnada apenas determinou ao Estado que respeitasse o disposto no art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 127/1994 (*“As despesas decorrentes da aplicação desta Lei Complementar, no presente exercício, serão pagas pelo Poder Judiciário e empenhadas pelo Poder Executivo que repassará os recursos necessários”*), levando ainda em consideração a regra geral de despesas com pessoal insculpida no art. 18 da Lei Complementar n. 101/2000.

Nesse rumo, o *writ* tem por objeto a concessão de ordem mandamental futura em relação às normas tidas por inconstitucionais, pois requer *“que o TCE/SC fique impedido de tomar providências ilegais que prejudiquem ou inviabilizem, material ou juridicamente, a publicação dos Demonstrativos de Gasto com Pessoal, dos próximos quadrimestres pela SEF, mantendo incólume os demonstrativos apresentados a contar do 1º Quadrimestre de 2013”* (fl. 25).

Assim, nitidamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos de lei supracitados confunde-se com o próprio pedido principal, não sendo cabível o mandado de segurança na espécie, a teor da súmula n. 266 do STF, segundo a qual *“não cabe mandado de segurança contra lei em tese”*.

De outro lado, como argumentado pelo Presidente do Tribunal de Justiça em contrarrazões, a concessão da ordem mandamental levaria à inconstitucionalidade por arrastamento das leis de diretrizes orçamentárias de 2012 a 2014, as quais todos os anos informam que o orçamento do Poder Judiciário é composto por um percentual acrescido dos recursos destinados aos precatórios judiciais e da folha do pagamento dos servidores inativos e pensionistas **pertencentes às categorias funcionais de serventuários da justiça, auxiliares e juízes de Paz** transferidos por meio da Lei Complementar Estadual nº 127/1994, reforçando a necessidade de indeferimento liminar da inicial.

Além disso, exsurge no caso a manifesta ausência de direito líquido e certo a ser amparado, tornando-se imperiosa a extinção de plano do *mandamus*, por faltar-lhe requisito de condição da ação em sede de via judicial de cognição tão restrita.

Explica-se.

A questão controvertida dos autos é a adequação no limite, imposto por lei, pertinente às despesas com folha de pagamento dos serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz, incluindo ativos e inativos, e, principalmente, a qual dos poderes – Executivo ou Judiciário – deve ser atribuído este encargo.

Segundo alega o agravante, o Poder Executivo não exerce nenhuma influência sobre os

serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz, visto que sua admissão e estatuto funcional estão submetidos ao controle do Judiciário, competindo a ele o pagamento das despesas com pessoal.

Argumenta, portanto, que o art. 169 da Constituição Federal e o art. 18 da Lei Complementar n. 101/2000 devem ser interpretados de forma tal que somente os servidores estatutários ou celetistas vinculados ao Executivo devem ser computados como seu gasto de pessoal.

Finalizando, o recorrente anota que *“os Serventuários de Justiça, Auxiliares e Juízes de Paz, jamais detiveram qualquer vínculo funcional com o Poder Executivo, não tendo dele recebido qualquer espécie remuneratória a ser carregada à inatividade e gerar o direito a pensionamentos, de sorte que incluir gastos com proventos e pensões de tais categorias funcionais no limite imposto pelo art. 20, II, c, da LRF, ao Poder Executivo, seria desvirtuar o próprio sentido da Lei.”*

A primeira premissa pela qual a argumentação recursal não prospera é que referidos agentes públicos **não** são servidores, desempenhando, em verdade, atividades de interesse público por meio de delegação, e não somente funções inerentes ao cotidiano judiciário.

Nesse sentido, o Estado quer fazer crer que os serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz exercem tão somente funções adstritas às judiciais, quando suas atribuições, ainda que delegadas pelo Poder Público, envolvem tarefas relacionadas à Administração e ao Poder Público como um todo.

O fato do Poder Judiciário exercer as funções disciplinares e o controle administrativo das atribuições desses colaboradores não desnatura, em absoluto, o caráter peculiar de suas atividades e o enquadramento funcional diferenciado atribuído pela Constituição Federal.

Delimitando a singularidade desses agentes no ordenamento constitucional, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

No que concerne especificamente aos **títulos de registro e ofício de notas**, cujas funções são desempenhadas em caráter privado, por delegação do Poder Público, como consigna o art. 236 da CF, sujeitam-se eles a **regime jurídico singular**, contemplado na Lei nº 8.935, de 18.11.1994, regulamentadora daquele dispositivo constitucional. **Apesar de a função caracterizar-se como de natureza privada, sua investidura depende de aprovação em concurso público e sua atuação se submete a controle do Poder Judiciário, de onde se infere que se trata de regime jurídico híbrido. Não há dúvida, todavia, que esses agentes, pelas funções que desempenham, devem ser qualificados como colaboradores do Poder Público, muito embora não sejam ocupantes de cargo público, mas sim agentes que exercem, em caráter de definitividade, função pública sujeita a regime especial.** (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29ª edição - São Paulo: Atlas, 2015 p. 614) (sem grifo no original)

No mesmo sentido, as ponderações exaradas pelo Setor Técnico do Tribunal de Contas na análise da decisão administrativa impugnada (fl. 39):

[...] o simples argumento de que não possuem [os serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz] vínculo funcional com o Poder Executivo constitui um a tese vazia, já que os mesmos também não pertenciam aos quadros do Poder Judiciário, sendo eles agentes colaboradores através de delegação do Poder Público. Por esta razão, inclusive, foi declarada inconstitucional a lei complementar catarinense nº 412/2008, que os considerava segurados obrigatórios do regime próprio de previdência do Estado. (sem grifo no original).

Portanto, devem ser afastados os argumentos do recorrente acerca da suposta “vinculação” dos agentes mencionados com o Poder Judiciário.

No ponto, há que se fazer ainda uma observação quanto aos juízes de paz. Apesar da Constituição Estadual, no art. 77, VII, estabelecer que são “órgão do poder judiciário”, o texto constitucional não faz qualquer menção quanto ao seu regime previdenciário ou financeiro.

Assim, aplicam-se as normas legais constantes do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina e, principalmente, da Lei Complementar n. 127/1994.

Em outro vértice, reforça a legalidade do entendimento da Corte de Contas o histórico e enquadramento do regime previdenciário desta categoria.

Inicialmente, as suas contribuições previdenciárias eram recolhidas diretamente ao Regime Próprio de Previdência Social, em conta **não vinculada** ao dos inativos do Poder Judiciário, conforme o art. 95 da Lei Complementar n. 412/2008. Posteriormente, tal dispositivo foi declarado inconstitucional na ADI n. 4161/SC, demonstrando a ligação dos serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz com o Poder Executivo em termos de pagamento das parcelas previdenciárias.

Reforça a percepção sobre a vinculação dos serventuários com o regime de previdência do Poder Executivo as conclusões exaradas na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4641/SC, rel. Min. Teori Zavaski, DJe de 10.04.2015:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL QUE INCLUIU NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SEGURADOS QUE NÃO SÃO SERVIDORES DE CARGOS EFETIVOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. O art. 40 da Constituição de 1988, na redação hoje vigente após as Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, enquadra como segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social apenas os servidores titulares de cargo efetivo na União, Estado, Distrito Federal ou Municípios, ou em suas respectivas autarquias e fundações públicas, qualidade que não aproveita aos titulares de serventias extrajudiciais.

2. O art. 95 da Lei Complementar 412/2008, do Estado de Santa Catarina, é materialmente inconstitucional, por incluir como segurados obrigatórios de seu RPPS os cartorários extrajudiciais (notários, registradores, oficiais maiores e escreventes juramentados) admitidos antes da vigência da Lei federal 8.935/94 que, até 15/12/98 (data da promulgação da EC 20/98), não satisfaziam os pressupostos para obter benefícios previdenciários.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos, para assegurar o direito adquirido dos segurados e dependentes que, até a data da publicação da ata do presente julgamento, já estivessem recebendo benefícios previdenciários juntos ao regime próprio paranaense ou já houvesse cumprido os requisitos necessários para obtê-los. (sem grifo no original).

Ainda que a partir de 1994 estes colaboradores tenham sido vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (art. 40 da Lei n. 8.935/1994), sua ligação ao Estado continua assente, até pelo seu direito de opção entre os regimes, conferido pela Portaria n. 2.701/1995 do Ministério da Previdência Social:

Art. 1º O notário ou tabelião, oficial de registro ou registrador que são os titulares de serviços notariais e de registro, conforme disposto no art. 5º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, têm a seguinte vinculação previdenciária:

a) aqueles que foram admitidos até 20 de novembro de 1994, véspera da publicação da Lei nº 8.935/94, continuarão vinculados à legislação previdenciária que anteriormente os regia;

b) aqueles que foram admitidos a partir de 21 de novembro de 1994, são segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social, como pessoa física, na qualidade de trabalhador autônomo, nos termos do inciso IV do art. 12 da Lei nº 8.212/91.

Parágrafo único. O enquadramento na escala de salários base, dos profissionais a que se refere a alínea b deste artigo, dar-se-á em conformidade com as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 29 da Lei nº 8.212/91.

Art. 2º A partir de 21 de novembro de 1994, os escreventes e auxiliares contratados por titular de serviços notariais e de registro será admitidos na qualidade de empregados, vinculados obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos da alínea a do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/91.

§ 1º Os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial, contratados por titular de serviços notariais e de registro antes da vigência da Lei nº 8.935/94 que fizeram opção, expressa, pela transformação do seu regime jurídico para o da Consolidação das Leis do Trabalho, serão segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social como empregados e terão o tempo de serviço prestado no regime anterior integralmente considerado para todos os efeitos de direito, conforme o disposto nos arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213/91.

§ 2º Não tendo havido a opção de que trata o parágrafo anterior, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial continuarão vinculados à legislação previdenciária que anteriormente os regia, desde que mantenham as contribuições nela estipuladas até a data do deferimento de sua aposentadoria, ficando, conseqüentemente, excluídos do RGPS conforme disposição contida no art. 13 da Lei nº 8.212/91. (sem grifo no original).

Ainda sobre esse ponto, diante da mudança efetuada pelo art. 40 da Lei n. 8.935/1994, foi editada a Lei Complementar Estadual n. 127/1994, “transferindo” os serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz ao Poder Judiciário, e dispondo em seu art. 3º que *“as despesas decorrentes da aplicação desta Lei Complementar, no presente exercício, serão pagas pelo Poder Judiciário e empenhadas pelo Poder Executivo que repassará os recursos necessários”*.

Ora, o comando legal é expresso ao determinar que o Poder Judiciário irá apenas **operacionalizar** o pagamento das despesas dos servidores inativos supracitados, inexistindo dúvidas quanto à responsabilidade apregoada ao Executivo pelo termo “**empenhadas**”, visto que empenho é “*o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*” (art. 58 da Lei n. 4.320/64).

Não se desconhece que o art. 1º da legislação em referência determinou que os serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz ao Poder Judiciário fossem “transferidos” para o Poder Judiciário; contudo, isso se deu unicamente para fins de organização administrativa e disciplinar, não, desnaturando a **categoriação constitucional** destes agentes como particulares em colaboração com a Administração.

Destarte, consideradas as peculiaridades dos serviços prestados pelos serventuários da justiça, auxiliares e juízes de paz e a natureza das verbas previdenciárias que lhe são devidas, resta claro o enquadramento das despesas dos inativos e pensionistas como sendo de responsabilidade do Executivo,

por meio da rubrica “*despesas com pessoal*”, nos estritos termos do art. 18 da Lei Complementar n. 101/2000:

Art. 18. Para efeitos desta Lei Complementar entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os **ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder**, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, **bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.**

Por todas essas razões resta demonstrada a manifesta impossibilidade de impetração do mandado de segurança em tela, pois traz como direito líquido e certo uma tese sem qualquer base legal. Ainda, com a finalidade de amparar a ausência de substrato legislativo para impetração, a ação objetiva declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos de lei que obstam a pretensão estatal.

O direito perseguido pelo agravante, portanto, só poderia ser eventualmente alcançado caso declarados inconstitucionais o art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 127/1994 e o art. 18 da Lei Complementar Federal n. 101/2000, reforçando a fragilidade da tese e o não cabimento do mandado de segurança.

Além disso, sobre a possível inconstitucionalidade do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, as razões do agravo limitam-se a repisar os fundamentos da inicial, demonstrando ainda mais a insubsistência da alegação.

Por fim, não merece prosperar a argumentação acerca do perigo de dano inverso com a denegação da ordem.

Isso porque a transferência dos encargos com inativos ao Poder Judiciário também poderá acarretar-lhe prejuízos, pois comprometeria suas despesas com pagamento de pessoal em 5.69%, muito próximo ao limite prudencial de 5.70% de que trata o art. 22 da Lei Complementar n. 101/2000.

No mais, eventual descontrole das despesas do Estado com pessoal, bem como o alto grau de comprometimento com esta rubrica, não podem ser imputados à decisão do Tribunal de Contas, o qual, relembra-se, apenas determinou ao agravante o cumprimento de literal dispositivo de lei.

Feitas essas considerações, o recurso é conhecido e desprovido.

Esse é o voto.

Ação Rescisória n. 4022806-07.2018.8.24.0900, da Capital

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

AÇÃO RESCISÓRIA – CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS – MUDANÇA DE GABARITO – ENUNCIADO CONSIDERADO “FALSO” POR ERRO ORTOGRÁFICO – JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO *MANIFESTA* DA NORMA JURÍDICA.

Os debates envolvendo questões de concurso público por vezes se situam em zonas limítrofes. O Supremo Tribunal Federal, é verdade, procurou restringir em grande medida a intervenção do Judiciário, sobretudo quanto ao mérito do conteúdo posto em avaliação (Tema 485), mas ainda há o refúgio em conceitos indeterminados – ou com relativo grau de abstração – como na hipótese de fuga editalícia ou então nos casos teratológicos (em que a sindicabilidade é por vezes admitida).

Na espécie, a controvérsia reside nesse espectro interpretativo marginal. Houve um equívoco no vocábulo “eminente”, presente em uma das proposições da prova de seleção ao curso de formação de cabos em que se cobrava, evidentemente, aspectos técnicos da função de bombeiro. Não se estava indagando ao concorrente, naturalmente, o acerto na disposição do vernáculo. De todo modo, esse erro, no entender da comissão avaliadora, foi suficiente para tornar tal item como incorreto.

O acerto da autoridade administrativa nessa sua posição tem juízo oscilante neste Tribunal de Justiça. Quanto ao autor, o julgamento definitivo prestigiou a orientação da banca. Essa circunstância, todavia, não é suficiente para que se sobrepuje o trânsito em julgado ou se pronuncie a manifesta ofensa ao ordenamento jurídico. Incide, enfim, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

Pedido rescisório improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4022806-07.2018.8.24.0900, da comarca da Capital – 5ª Vara Criminal em que é Autor Ronaldo Wagner Fumagalli Silva e Réu o Estado de Santa Catarina .

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade, julgar improcedente o pedido rescisório. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski, Wilson Fontana, Paulo Ricardo Bruschi, José Agenor de Aragão, Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Pedro Manoel Abreu, Cid Goulart, Jaime Ramos, João Henrique Blasi, Sônia Maria Schmitz, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Florianópolis, 28 de novembro de 2018.

Desembargador Hélio do Valle Pereira

Relator

RELATÓRIO

Ronaldo Wagner Fumagalli Silva ajuizou a presente ação rescisória em relação ao Estado de Santa Catarina, pretendendo desconstituir acórdão proferido pela 4ª Câmara de Direito Público que negou provimento à apelação que interpusera.

No mandado de segurança originário questionava-se o resultado de seleção ao curso de formação de cabos do Corpo de Bombeiros Militar (Edital n. 004-2015). Em específico, houve a impugnação do gabarito definitivo atribuído a questão do certame (n. 23), tendo em conta a alteração da resposta tida por correta promovida pela comissão avaliadora no comparativo com o padrão preliminar.

A legitimidade da tese, porém, foi negada pelo órgão fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO INTERNO DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE QUESTÃO DA PROVA OBJETIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE DEMANDANTE.

ALEGADA NULIDADE DA QUESTÃO N. 23. INOCORRÊNCIA. ERRO DE GRAFIA EM UMA DAS AFIRMATIVAS. ALTERAÇÃO DO GABARITO PARA CONSIDERAR A ASSERTIVA INCORRETA. VÍCIO SANADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

“[...] não compete ao Poder Judiciário reavaliar os critérios empregados por banca examinadora na correção de prova de concurso público, ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo cobrado e o previsto no edital.” (STJ, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 37.683/MS, rela. Min. Regina Helena Costa, j. 15-10-2015)

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(AC n. 0308168-78.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Odson Cardoso Filho).

A decisão transitou em julgado e a parte volta à carga, agora no respectivo meio autônomo de impugnação.

Reitera que a mudança de gabarito foi equivocada. Na questão controvertida, em que se buscava verificar “*os fatores que podem desencadear um acidente em altura*”, certa proposição utilizou a expressão “*urgência na execução devido ao risco eminente*” (em vez de “*iminente*”). Tal erro ortográfico, todavia, não foi suficiente para atribuir o enunciado como “falso”.

Menciona que a pontuação foi concedida a outros candidatos na mesma situação em decisões desta Corte de Justiça. Defende que por isonomia não poderia ser preterido se se encontra em posição jurídica semelhante.

Sustenta que a persistir a decisão final nos termos em que posta não poderá participar do curso de formação de sargentos, além da própria perda da patente a que postulara.

Quer o provimento do recurso para, rescindida a decisão questionada, seja incrementada sua nota no certame e mantido na graduação de cabo.

O Estado de Santa Catarina apresentou sua resposta.

Defende que o autor busca simples revolvimento do mérito do julgamento rescindendo, não havendo violação expressa à norma jurídica. Não se tratando a ação de sucedâneo recursal, ademais, dá pela inadequação da via eleita ou então, aproximando-se da questão de fundo, pela negação da pretensão.

Houve réplica.

O Ministério Público se manifestou pela improcedência do pedido.

VOTO

1. O acionante pretende que seja revertida decisão de órgão fracionário deste Tribunal para que lhe seja atribuída pontuação referente a questão de processo seletivo.

Não vejo, porém, como superar aquela deliberação já submetida à coisa julgada. O objeto desta ação rescisória induz uma rediscussão da matéria apreciada na decisão rescindenda. Não se está diante de uma violação *manifesta* da norma jurídica, a que se refere o art. 966, V, do NCPC (destacando-se que o acórdão é contemporâneo à nova lei processual).

2. Os debates envolvendo questões de concurso público são sempre delicados e sopesados sob uma orientação muito particular do intérprete.

O Supremo Tribunal Federal, é verdade, procurou restringir em grande medida a intervenção do Judiciário, sobretudo quanto ao mérito do conteúdo posto em avaliação (Tema 485), mas ainda há o refúgio em conceitos indeterminados – ou com relativo grau de abstração – como na hipótese de fuga editalícia ou então nos casos teratológicos (em que a sindicabilidade é por vezes admitida).

Na espécie, a controvérsia se situa nesse halo interpretativo marginal, isto é, numa espécie de, por assim dizer, zona cinzenta. Houve um equívoco no vocábulo “eminente”, presente em uma das proposições da prova de seleção ao curso de formação de cabos em que se cobrava, evidentemente, aspectos técnicos da função de bombeiro. Não se estava indagando ao concorrente, naturalmente, o acerto na disposição do vernáculo. De todo modo, esse erro, no entender da comissão avaliadora, foi suficiente para tornar tal item como incorreto.

Em outra demanda – como relatado pelo autor – já havia me posicionado, ainda que em cognição sumária (quando titular da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital – autos de n. 0308136-73.2015.8.24.0023), contrariamente à mudança do gabarito. Entendi que essas sutilezas, embora censuráveis, não prejudicavam a apreensão do candidato sobre o conhecimento específico abordado:

Certamente, ainda que se diga que tenha havido um erro de grafia, o responsável pela prova não sabe a distinção entre eminente e iminente. O equívoco é comum, e não quero ser hipócrita de exigir de todos um uso perfeito do vernáculo, virtude que apenas almejo.

O fato é que, fosse eu que estivesse na posição do acionante, imaginaria que houvera, na realidade, não erro de grafia, mas um desconhecimento mesmo da distinção entre os dois vocábulos. Seria insustentável que o objetivo da questão não fosse testar os conhecimentos do soldado quanto aos “acidentes em altura” (expressão usada na prova), mas, sim, avaliação pertinente às sutilezas da ortografia.

A comissão do processo seletivo enveredou pelo segundo caminho, dando valor superlativo ao erro gramatical e tirando dali um prejuízo representativo aos candidatos.

Não gosto de me imiscuir na correção de provas, mas não me confortaria o espírito expor o impetrante a uma injustiça. Ele estava sendo questionado sobre pontos de sua rotina funcional. Foi prejudicado porque o responsável pela prova não está suficientemente adestrado no bom uso do português.

Colegiado desta Corte, todavia, ao apreciar a situação específica do autor, julgou de forma diversa – tomando o posicionamento da banca como acertado ao reputar a assertiva, em que houve o erro ortográfico, como incorreta.

O caso, porém, não desperta solução unânime neste Tribunal de Justiça.

Nessa linha, há decisões desta Corte que prestigiaram a conclusão da comissão de concurso e outras que tomaram o encaminhamento como indevido, entendendo pela anulação da questão e atribuição da pontuação respectiva ao candidato:

A) Decisões que mantiveram o gabarito definitivo da proposição:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SELEÇÃO INTERNA PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS DO CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO. EDITAL N. 004-2015-DISIEP/SP/CBMSC - CFC. PLEITO PELA ANULAÇÃO DE QUESTÃO, ALTERANDO-SE O QUADRO DE CLASSIFICAÇÃO, DO QUAL O CANDIDATO FOI EXCLUÍDO APÓS A DIVULGAÇÃO DO GABARITO DEFINITIVO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO PÚBLICO PARA AVALIAR AS RESPOSTAS E NOTAS DOS CANDIDATOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame” (STF, RE n. 632853/CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/04/2015)”.

(AC n. 0308152-27.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto)

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SELEÇÃO INTERNA PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS DO CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO. EDITAL N. 004-2015-DISIEP/SP/CBMSC - CFC. PLEITO PELA ANULAÇÃO

DE QUESTÃO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DA QUESTÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO APENAS EM SITUAÇÕES DE MANIFESTA ILEGALIDADE, NÃO DEMONSTRADAS A CONTEÚDO NA HIPÓTESE. RECURSO DESPROVIDO.

Os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário (STF, Informativo 782). Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame (STF, rel. Min. Gilmar Mendes).

(RN n. 0305734-19.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO INTERNO DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INCONFORMISMO DO IMPETRANTE. PROVA OBJETIVA. QUESTÃO N. 23. APONTADA NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ERRO DE GRAFIA EM UMA DAS AFIRMATIVAS. ALTERAÇÃO DO GABARITO PARA CONSIDERAR A ASSERTIVA INCORRETA. VÍCIO SANADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

“Não compete ao Poder Judiciário reavaliar os critérios empregados por banca examinadora na correção de prova de concurso público, ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo cobrado e o previsto no edital.” (STJ, Agravo Regimental no Recurso em Mandando de Segurança n. 37.683/MS, rela. Min. Regina Helena Costa, j. 15-10-2015)

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(AC n. 0307838-81.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Odson Cardoso Filho)

B) Julgados que, considerando o equívoco no gabarito divulgado, atribuíram a pontuação ao candidato:

REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SELEÇÃO INTERNA PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO (EDITAL N. 004-2015-DISIEP/DP/CBMSC-CFC). ANULAÇÃO DE QUESTÃO. ERRO MATERIAL. APRECIACÃO PELO PODER JUDICIÁRIO.

“Não cabe ao Poder Judiciário interferir nos critérios de avaliação da banca examinadora de concurso público, a menos que, do exame da questão impugnada pelo candidato, apresente-se formulação dissociada dos pontos constantes do programa do certame ou teratológica, de forma que impossibilite a análise e a consequente resposta do concursando”. (STJ, RMS 22.542/ES, rel.^a Min^a. Jane Silva, DJe 08.06.2009 - sublinhou-se).

(AC e RN n. 0307344-22.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sônia Maria Schmitz).

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.

1) DESCLASSIFICAÇÃO DO IMPETRANTE DA PROVA OBJETIVA DO PROCESSO SELETIVO INTERNO N. 004/2015/DISIEP/DP/CBMS-CFC PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS BOMBEIROS.

2) SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM EM DEFINITIVO A FIM DE ANULAR A QUESTÃO N. 23 DO REFERIDO CERTAME E ATRIBUIR AO CANDIDATO A RESPECTIVA PONTUAÇÃO.

3) HIPÓTESE EM QUE A BANCA EXAMINADORA ALTEROU O GABARITO DA PROVA OBJETIVA DIANTE DO MAU USO DA ORTOGRAFIA EM UMA DAS ASSERTIVAS DA QUESTÃO N. 23.

RETIFICAÇÃO QUE OCORREU POR ERRO GRÁFICO E NÃO POR FALTA DE CONHECIMENTO TÉCNICO DO CANDIDATO QUANTO À MATÉRIA PREVISTA NO EDITAL. PREJUÍZO EVIDENCIADO.

POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. COTEJO ENTRE A LEGALIDADE DA QUESTÃO E O CONTEÚDO DO EDITAL. DECISÃO CONCESSIVA DA ORDEM MANTIDA.

REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

(RN n. 0307090-49.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. EXCEPCIONALIDADE QUE SE IMPÕE.

(ED n. 0308136-73.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto).

3. Daí que nesse cenário de jurisprudência oscilante, a existência de precedentes favoráveis à pretensão da parte não é suficiente para que se sobrepuje o trânsito em julgado. No caso, cabe menção à Súmula 343 do STF: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*” (e não se está tratando, diretamente, sobre questão constitucional, ainda que se suscite a ofensa à isonomia).

A orientação do Superior Tribunal de Justiça, outrossim, é refratária ao cabimento da medida em se tratando de jurisprudência dividida:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPOSTO DE RENDA.

APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DAS LEIS 7.713/88 E 9.250/96. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA PACÍFICA NOS TRIBUNAIS À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO (ANO DE 2003). DIREITO À RESTITUIÇÃO DECORRENTE DE LESÃO CONSISTENTE NA INOBSERVÂNCIA DA PROIBIÇÃO DO BIS IN IDEM.

1. A Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, cristalizou o entendimento de que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

2. A ação rescisória, a contrario sensu, resta, então, cabível, se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido (ERESP 908774/RJ).

(...)

8. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à instância ordinária para que o Tribunal de origem se pronuncie a respeito do mérito da ação rescisória, uma vez ultrapassado o óbice da Súmula 343/STF. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1001779/DF, rel. Min. Luiz Fux)

3. Assim, voto pela improcedência do pedido rescisório.

Custas pelo acionante.

Honorários em favor do Estado que fixo em R\$ 2.000,00 (art. 85, § 8º, CPC), haja vista a expressão simbólica do valor da causa (R\$ 500,00).

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0300275-24.2015.8.24.0027, de Ibirama

Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

1) TERCEIRA PESSOA QUE, AO SER PRESA EM FLAGRANTE, IDENTIFICOU-SE COMO SENDO A AUTORA. FALHAS DO APARATO ESTATAL NA DESCOBERTA DA VERDADEIRA IDENTIDADE DA MELIANTE. INOCENTE QUE TEVE SEU NOME ENVOLVIDO EM PROCESSO PENAL E ACABOU PRESA ILEGALMENTE EM DUAS OPORTUNIDADES, PERFAZENDO O TOTAL DE 43 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

2) *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO PARA R\$ 25.000,00.

3) JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO E CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA SENTENÇA. MANUTENÇÃO POR ORA, DOS TERMOS DA LEI N. 11.960/2009. RESSALVADA A READEQUAÇÃO DOS ÍNDICES, DE OFÍCIO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, PARA OBSERVAR A MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELO STF NO TEMA N. 810. PRECEDENTES.

RECURSO DO ESTADO PARCIALMENTE PROVIDO, PREJUDICADO O DA AUTORA.

NÃO FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos Apelação Cível n. 0300275-24.2015.8.24.0027, da comarca de Ibirama 2ª Vara em que é Apte/Apdo Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte Silvana Marlu Melo da Silva:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, prover parcialmente o recurso do Estado, prejudicado o da autora. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Jorge Luiz de Borba (Presidente).

Florianópolis, 4 de dezembro de 2018.

Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Relator

RELATÓRIO

Silvana Marlu Melo da Silva propôs “ação de indenização por danos morais em razão de prisão ilegal” em face do Estado de Santa Catarina.

Alegou que extraviou seus documentos de identificação pessoal em outubro/2007 e registrou a

ocorrência em dezembro daquele ano, na Delegacia de Polícia de Caxias do Sul/RS, local onde residia à época.

Dias antes da comunicação, uma mulher que estava na posse da documentação perdida foi presa em flagrante em Ibirama/SC e identificou-se como sendo a autora. Ela deixou a unidade prisional de Blumenau/SC em julho/2008.

A requerente teve seu nome incluído na respectiva ação penal e, em outubro/2009, foi prolatada sentença condenando-a à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, expedindo-se a competente ordem de prisão.

Em 17-11-2011, a autora foi recolhida ao Presídio Estadual de Lagoa Vermelha/RS, onde permaneceu 24 horas, até que fosse sanado e devidamente esclarecido o equívoco no tocante à pessoa efetivamente apenada. Nessa oportunidade, formulou requerimento de exclusão do seu nome dos autos do processo.

Em maio/2012, foi expedido novo mandado de prisão em nome da autora, cumprido em 16-9-2012. Foi encarcerada na Penitenciária de Caxias do Sul/RS e, em 27-9-2012 houve a determinação de transferência para o Presídio Regional de Rio do Sul/SC, porém foi recambiada equivocadamente para o Presídio Regional de Blumenau/SC.

Lá chegando, constatou-se que a autora e a real condenada não eram a mesma pessoa, tendo em vista que foi nesse presídio que a verdadeira criminosa foi recolhida na época do flagrante. Comunicado, o Ministério Público postulou a soltura, levada a efeito em 26-10-2012. Seu nome foi excluído da ação penal em 28-11-2012.

O que torna absurdo e inescusável o equívoco de identidade é

[...] o fato de que a criminosa havia sido fotografada e medida no ato de seu recolhimento, tornando assim, fácil a comparação entre ambas. Atentando-se ao fato de que a criminosa tem uma tatuagem definitiva no ombro direito e tem em torno de dez (10) centímetros a mais de altura do que a autora, conforme documentos do Departamento de Administração Prisional do Presídio Regional de Blumenau – SC, que seguem anexos. (f. 4)

Pelos erros grosseiros, permaneceu 43 dias presa, longe de seus dois filhos menores de idade, e sofreu evidente e presumido abalo moral.

Postulou a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Em contestação, o réu arguiu, preliminarmente, ilegitimidade passiva pela culpa de terceiro. No mérito, sustentou que: 1) o Estado não pode ser responsabilizado por ato de terceira pessoa; 2) no sítio do TJSC inexistia qualquer ação criminal em nome da autora; 3) tão logo verificada a falsidade ideológica, prontamente corrigiu-se o registro; 4) não há ação ou omissão estatal; 5) a responsabilidade por omissão e erro judiciário é subjetiva e 6) não foi demonstrada a ocorrência concreta de prejuízo (f. 45/61).

Foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

Ante o exposto, com fundamento no art. 269, I do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido formulado por Silvana Marlu Melo da Silva para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de R\$ 43.000,00 a título de indenização por danos morais. Saliente-se que sobre o valor dos danos morais deverá incidir juros de mora de 1% ao mês, desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ. E a partir do arbitramento, devem incidir os índices da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 11.960/09, que compreendem tanto a correção monetária como os juros de mora.

Condeno o Estado ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Sem custas, pois isento o Estado (LCE n. 156/97).

Dispensado o reexame. (f. 121/122)

Ambas as partes apelam.

O Estado sustenta que é parte ilegítima, pois o dano foi causado por ato de terceiro. Subsidiariamente, requer: 1) a diminuição do *quantum* indenizatório; 2) a fixação do termo inicial dos juros de mora e da atualização monetária em 28-3-2016, data da publicação da sentença e 3) a aplicação da Lei n. 11.960/2009 (f. 126/135).

A autora, por sua vez, postula a majoração do valor da indenização (f. 141/149).

Com as contrarrazões (f. 150/154 e 159/162), os autos ascenderam, entendendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça ausente o interesse ministerial (f. 168).

Nos termos do art. 10 do CPC, as partes foram intimadas para se manifestar a respeito da possibilidade de modificação, de ofício, dos consectários legais (f. 171/172). Apenas o Estado se pronunciou, pela aplicação integral da Lei n. 11.960/2009 (f. 175/177).

VOTO

1. Responsabilidade civil

Tratando-se de ação ou omissão estatal, não há falar em elemento subjetivo (dolo ou culpa), que, na responsabilidade civil objetiva, é de somenos importância (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Basta a comprovação do ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Confira-se julgado do STF:

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o -geventus damni-h e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes.

- Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil

objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido. (RE n. 603.626, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 15-5-2012)

Colhe-se do corpo do acórdão:

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina (HELY LOPES MEIRELLES, -Direito Administrativo Brasileiro-, p. 650, 31ª ed., 2005, Malheiros; SERGIO CAVALIERI FILHO, -Programa de Responsabilidade Civil-, p. 248, 5ª ed., 2003, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, -Curso de Direito Administrativo-, p. 90, 17ª ed., 2000, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, -Responsabilidade Civil do Estado-, p. 40, 2ª ed., 1996, Malheiros; TOSHIO MUKAI, -Direito Administrativo Sistematizado-, p. 528, 1999, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, -Curso de Direito Administrativo-, p. 213, 5ª ed., 2001, Saraiva; GUILHERME COUTO DE CASTRO, -A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro-, p. 61/62, 3ª ed., 2000, Forense; MÔNICA NICIDA GARCIA, -Responsabilidade do Agente Público-, p. 199/200, 2004, Fórum, v.g.), cabendo ressaltar, no ponto, a lição expendida por ODETE MEDAUAR (-Direito Administrativo Moderno-, p. 430, item n. 17.3, 9ª ed., 2005, RT)

No caso dos autos, os requisitos da responsabilidade estatal estão devidamente comprovados.

Os fundamentos para a procedência do pedido foram bem delineados na sentença proferida pelo MM. Juiz Daniel Lazzarin Coutinho, os quais se adota como razão de decidir:

Cuido de ação ajuizada por Silvana Marlu Melo da Silva em face do Estado de Santa Catarina. Objetiva a autora a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de sua prisão ilegal.

Primeiramente, passo à análise da preliminar suscitada.

A análise das condições da ação deve ser aferida com base na teoria da asserção. Nesse contexto, tais condições devem ser verificadas em abstrato, ou seja, considerando hipoteticamente que todas as alegações deduzidas na petição inicial são verdadeiras, sob pena de se retroceder à teoria concretista e afirmar que o direito de ação é exclusivo daqueles que possuem o direito material.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. “o exame do interesse de agir passa pela verificação de duas circunstâncias: a) utilidade e b) necessidade do provimento judicial” (*Curso de direito processual civil*. Volume 1. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 217). *In casu*, a demanda proposta tem o condão de propiciar a autora o resultado pleiteado. Ademais, não há consenso entre as partes, razão pela a tutela jurisdicional é necessária para a resolução da lide.

Imprescindível destacar a atuação omissa do Estado de Santa Catarina, porquanto, mesmo após ter sido alertado da falsa identidade apresentada pela presa, deixou de excluir o nome da autora da execução penal, acarretando seu encarceramento pela segunda vez.

Portanto, rechaço a preliminar suscitada.

Passo à análise do mérito.

Com efeito, em se tratando de responsabilidade civil do Estado, a Constituição da República de 1988 adotou, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, em seu art. 37, § 6º, a teoria do risco administrativo para reger a responsabilidade civil do Estado, *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.

Referida a teoria está consagrada no direito pátrio desde a Constituição da República de 1946. Essa concepção teórica informa que a responsabilidade do Estado rege-se de maneira objetiva, ou seja, independentemente da comprovação do elemento subjetivo (culpa) por parte do agente causador do dano.

Igualmente, dispõe o Código Civil em seu art. 43 que “*as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se however, por parte destes, culpa ou dolo*”.

Em síntese, a doutrina do risco administrativo dispensa que a vítima do evento danoso comprove o elemento subjetivo da conduta da administração, ou seja, de que o agente público tenha agido com dolo ou culpa. Basta a comprovação do dano (materialidade) e a prova de que ele tenha sido provocado pelo servidor público ou agente delegado para que surja o dever do Estado de indenizar.

A autora alega ter sofrido sérios danos morais, em razão da falha do Estado réu, que a manteve presa equivocadamente por 43 (quarenta e três) dias.

Depreende-se dos autos que a autora, após ter efetuado o registro do Boletim de Ocorrência n. 39657/2007, devido ao extravio de seus documentos, foi por equívoco incluída como ré em Ação Penal n. 027.07.002918-7, haja vista que terceira pessoa utilizou de seus documentos e identificou-se como sendo a autora.

Segundo consta na inicial e documentos anexos (fls. 21-30), foi expedido mandado de prisão contra a autora posteriormente, tendo sido constatado o erro cometido em relação a pessoa apenada somente após 24 horas que a autora já encontrava-se no Presídio Estadual de Lagoa Vermelha/RS.

No entanto, mesmo após o esclarecimento da primeira prisão ilegal, após a autora ter formulado pedido de exclusão de seu nome dos autos da Ação Penal n. 027.07.002918-7, Silvana foi novamente presa em decorrência do mesmo processo (fl. 21).

O ato ilícito surgiu a partir do momento que o Estado deixou de promover as medidas cabíveis para a identificação precisa da apenada, sobretudo pela negligência decorrente da segunda prisão, quando, mesmo ciente de que Silvana não era a criminosa, deixou de retificar os registros da Ação Penal.

Importante registrar que na primeira prisão da autora, o encarceramento durou “apenas” 24 horas até a identificação do erro. Contudo, a segunda prisão ilegal durou espantosos 42 dias (fl. 18).

Em outras palavras, reputo ter havido negligência no procedimento adotado pelo Estado. Isso porque a autora teve sua liberdade privada em virtude de fato que sequer tinha envolvimento. Ademais, quando da constatação de que a autora não se tratava da real acusada, não houve a adoção dos procedimentos cabíveis, vez que deixou o Estado de excluir o nome da autora dos autos da Ação Penal, acarretado na expedição de novo mandado de prisão.

Portanto, não há dúvida de que a autora sofreu com as consequências e prejuízos advindos do deficiente

procedimento estatal adotado. Em que pese ter ocorrido a resolução do equívoco, indiscutível a morosidade com que se deu tal fato, fazendo com que a autora suportasse a arbitrariedade de estar segregada por mais de um mês.

Resta, assim, caracterizado ilícito do Estado, consistente na ausência de identificação correta da pessoa presa e na negligência em retificar os registros criminais com a exclusão do nome da autora do polo passivo da ação e da execução penal.

Com base nesses fundamentos, rechaça-se a culpa exclusiva de terceiro.

O dano moral no caso em apreço é obviamente presumido. Sobre o assunto, extrai-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO - TEORIA OBJETIVA - ARTS. 37, § 6º, DA CF - SEGREGAÇÃO ILEGAL QUANDO JÁ EXTINTA A PUNIBILIDADE - VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DO AUTOR - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - **DANO MORAL PRESUMIDO ANTE A PRISÃO INDEVIDA - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO** - MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - PATAMAR QUE ATÉ PODERIA SER MAJORADO, CASO O DEMANDANTE HOUVESSE RECORRIDO - VEDAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS - ENCARGOS MORATÓRIOS - REFORMA DA SENTENÇA PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI N. 11.960/09 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “A omissão estatal em baixar os registros da pessoa que obteve a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória dando ensejo à prisão ilegal, sujeita o Estado ao ressarcimento da indignidade. (AC n. 2007.055636-4, de Biguaçu, Rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Terceira Câmara de Direito Público, j. 16-9-2011).” (Apelação Cível n. 2010.051642-5, de Canoinhas, Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 17.4.2012) (TJSC, Apelação Cível n. 2012.009371-0, de Criciúma, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 11-12-2012). (Grifo próprio).

Extrai-se dos autos, ainda, que somente após ter suportado 43 (quarenta e três) dias encarcerada – de forma equivocada e ilegal – a autora foi finalmente identificada, em razão de um erro ao ser transferida para o Presídio de Blumenau/SC.

O nexa causal, que segundo Cavalieri Filho (apud STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2007. p. 150), não possui conceito jurídico, “*mas decorre das leis naturais, constituindo apenas [...] a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado*”, também está evidenciado. Evidente que foi a conduta do Estado que gerou a prisão ilegal e o conseqüente abalo moral.

Assim, comprovado o ato ilícito do Estado, os danos sofridos pela autora e o nexa causal entre conduta e resultado. (grifos no original) (f. 117/121)

São inúmeros os precedentes nesse sentido. Confirmam-se:

1.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRISÃO ILEGAL. ERRO DO JUDICIÁRIO. TERCEIRO, AUTOR DO CRIME, QUE IDENTIFICAVA-SE COM FALSA IDENTIDADE. FATO ESCLARECIDO HÁ MAIS DE 10 (DEZ) ANOS. REINCIDÊNCIA NO ENCARCERAMENTO INDEVIDO. MANUTENÇÃO DO NOME DO REQUERENTE NO CADASTRO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL COMPROVADO. NEGLIGÊNCIA POR PARTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

“É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexa causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147).

“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. 24-9-2013). (AC n. 0001595-57.2013.8.24.0059, de São Carlos, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 6-2-2018)

2.

AÇÃO CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DETENÇÃO DECORRENTE DA EQUIVOCADA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. CRIME COMETIDO POR TERCEIRO, QUE UTILIZOU A IDENTIDADE DO AUTOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO CONFIGURADA. DEVER DE RESSARCIR. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MONTANTE FIXADO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AC n. 0308084-14.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 18-4-2017)

3.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. SEGREGAÇÃO INDEVIDA DURANTE 48 (QUARENTA E OITO) HORAS POR FALHA NA IDENTIFICAÇÃO DO CONDENADO. DEVER DE INDENIZAR. OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA QUANTIA REPARATÓRIA. CONDIÇÕES SOCIAIS E ECONÔMICAS DAS PARTES. EFEITO PEDAGÓGICO DA REPRIMENDA. RESPEITO À VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO. VERBA REDUZIDA. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. ADEQUAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.960/2009. RECLAMO PARCIALMENTE PROVIDO.

“A par da responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, § 6º, da CRFB/88, para a configuração do dever do Estado de indenizar pessoa presa equivocadamente devem estar presentes, além do dano e do nexo de causalidade entre esse prejuízo e a atuação dos agentes estatais, a existência de “dolo, erro grosseiro, abuso de poder ou arbitrariedade na ordem da prisão cumprida” (Yussef Said Cahali. Responsabilidade civil do Estado. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 479/482). Nessa esteira, configura prisão ilegal (na acepção cível), e passível de indenização moral, aquela perpetrada em face de cidadão com base em ordem judicial (mandado) cumprido de forma equivocada. Reforça o dever de indenizar, outrossim, a desídia da autoridade policial na conferência dos dados do indivíduo segregado e daquele que, de fato, deveria ser preso” (TJSC, AC n. 2012.009068-0, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 22-03-2012). (AC n. 0002482-46.2013.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Edegar Gruber, Quarta Câmara de Direito Público, j. 10-11-2016)

4.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDIVÍDUO DETIDO POR POSSE DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO DEMANDANTE PELO INFRATOR. AUSÊNCIA DE CONFERÊNCIA DO DOCUMENTO DE IDENTIDADE POR PARTE DOS AGENTES PÚBLICOS. DIVULGAÇÃO DO FATO EM RÁDIOS LOCAIS APÓS A POLÍCIA MILITAR ENVIAR RELATÓRIO SEMANAL DE REGISTROS À IMPRENSA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO. CORREÇÃO A CONTAR DO ARBITRAMENTO. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E

PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO. (AC n. 2014.043049-5, de Chapecó, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 6-10-2015)

2. *Quantum indenizatório*

Em tema de dano moral, por sua própria natureza, não há regras rígidas ou tabelas para a fixação do valor do ressarcimento, mas existem aspectos que devem ser sopesados pelo Magistrado ao estipular a indenização, como, por exemplo: as qualidades morais e econômicas do ofendido, as circunstâncias do evento, a extensão da lesão, o suporte financeiro e a conduta do requerido, presente e pretérita.

Tal reparação tem feição compensatória em relação à vítima e penalizatória no tocante ao ofensor. Assim, não pode representar uma espécie de loteria para quem vá recebê-la, mas também não deve parecer uma esmola. Quanto ao condenado, não pode ser irrisória em termos repreensivos, mas por outro lado não deve inviabilizar sua atividade econômica.

Sobre o assunto, oportuno trazer à colação excerto doutrinário de 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 conseqüências, 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 (**Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116)

O Estado requer a diminuição, enquanto a autora pleiteia a majoração do *quantum indenizatório*.

Vejam os precedentes desta Corte em demandas similares:

Em caso de prisão ilegal que durou 24 dias, foi diminuída a indenização para R\$ 5.000,00 (AC n. 0026201-20.2009.8.24.0018, j. 24-5-2018).

Em outro precedente, no qual ocorreu o encarceramento indevido do autor por 229 dias, houve o aumento do montante para R\$ 30.000,00 (AC n. 0500072-54.2012.8.24.0069, j. 3-5-2018).

De outro lado, há julgado em que a indenização foi aumentada para R\$ 6.000,00 pela segregação de apenas 2h30min (AC n. 0004445-19.2008.8.24.0008, j. 19-4-2018) e mantido o valor de R\$ 30.000,00 por uma prisão de 3 dias (AC n. 0308084-14.2014.8.24.0023, j. 18-4-2017).

Em casos que guardam similitude com o presente, de minha relatoria, tem-se: 64 dias de custódia ilegal, fixação em R\$ 25.000,00 (AC n. 0312262-06.2014.8.24.0023, j. 11-4-2017) e para uma prisão indevida de aproximadamente 2 anos e 5 meses condenou-se o ente público em R\$ 100.000,00 (AC n. 2013.075906-2, j. 1º-9-2015).

Com efeito, ninguém tem condições exatas de dimensionar o sofrimento da autora. Viveu momentos de angústia extrema, por falhas primárias do aparato estatal.

Assim, pelo conjunto de ilegalidades e pelo tempo de segregação da autora (43 dias), e considerando os precedentes mencionados, reputa-se justo o valor indenizatório de R\$ 25.000,00. A quantia servirá para reparar, ainda que em parte, o abalo moral sofrido e também punirá de maneira eficiente o Estado.

3. Juros de mora e correção monetária

3.1. Termo inicial

No que tange aos juros, aplica-se o Enunciado n. 54 da Súmula do STJ, segundo o qual “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Como não houve majoração da indenização, ao contrário, operou-se a redução, o termo inicial da correção monetária deve ser a data do primeiro arbitramento, ou seja, a sentença.

3.2. Índices

Ao julgar o RE n. 870.947 (Tema n. 810), o STF definiu, em relação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009:

1) é inconstitucional na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública quanto a débitos oriundos de relação jurídico-tributária;

2) no que tange à atualização monetária é inconstitucional, pois inadequada a capturar a variação de preços da economia.

Para aquele caso concreto (que tratava de benefício de prestação continuada), a Corte determinou a incidência do IPCA-E.

No Tema n. 905 (Resp n. 1.492.221), o STJ reiterou que o mencionado dispositivo “não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública” e estabeleceu índices de correção de acordo com a natureza da demanda.

Como estabelece o art. 105 da Constituição Federal, cabe ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a aplicação do Direito infraconstitucional e, conseqüentemente, a definição dos índices a serem aplicados a partir daquela declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Todavia, o Min. Luiz Fux, em 24-9-2018, deferiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos no RE n. 870.947 (CPC/2015, art. 1.026, § 1º).

Sua Excelência destacou que:

[...] a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas.

Em decorrência disso, em 1-10-2018, o recurso extraordinário interposto no Resp n. 1.492.221 (Tema n. 905) foi sobrestado:

[...] Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil, determino o

sobrestamento do recurso extraordinário, e, com fulcro no art. 1.029, § 5º, inciso III, do CPC, atribuo-lhe efeito suspensivo até a publicação do acórdão a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos embargos de declaração opostos no RE 870.947/SE (Tema 810/STF).

No entanto, como exposto pelo e. Des. Pedro Manoel Abreu:

[...] a decisão suspensiva dos efeitos do julgado impõe inegável prejuízo social a partir da paralisação e consequente atraso no julgamento de milhares de processos que envolvem temas previdenciários/acidentários. Daí porque afigura-se adequado permitir, na espécie, o prosseguimento do feito até que, no momento da liquidação de sentença, sejam observados os índices de atualização determinados pelas Cortes Superiores. Agiliza-se, com isso, a marcha processual sem qualquer prejuízo às partes que, ao final, serão aplicados os mesmos índices que seriam fixados caso os processos aguardassem suspensos em segundo grau. (AC n. 0310852-84.2016.8.24.0008, de Blumenau, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-10-2018)

Assim, como o objetivo é evitar pagamentos indevidos, já que nos aclaratórios há pedido de modulação dos efeitos da decisão tomada no Tema n. 810 é cabível manter, por ora, a aplicação da TR como critério de correção monetária, inclusive para permitir o pagamento dos valores incontroversos.

Nesse sentido, de relatoria do e. Des. Luiz Fernando Boller:

[...] Dessa forma, primando pelo julgamento do presente recurso – e considerando que “a correção monetária, na melhor das hipóteses para o Estado, será pela TR” –, é de ser reconhecida, por ora, a aplicação dos índices oficiais da poupança previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação pela Lei nº 11.960/09 (TJSC, Agravo Interno n. 0304804-98.2015.8.24.0023, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 11/10/2018 - grifei).

Em contrapartida - considerando a possibilidade de vir a ser adotado o IPCA-E no caso em prélio, a depender da modulação dos efeitos do Tema 810 pelo STF -, postergo para a fase de liquidação da sentença a análise definitiva de qual índice deverá ser aplicado a título de correção monetária.

Deste modo, resta garantida a “aplicação da TR como critério de correção monetária, mas sem prejuízo da adoção (já na fase de cumprimento) de índice distinto se assim for determinado pelo STF quando do reenframentamento do Tema 810” (TJSC, Agravo Interno n. 0004981-16.2011.8.24.0011, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 04/10/2018 - grifei).

[...]

Por derradeiro, avulto que a possibilidade de serem pagas as quantias incontroversas (com atualização monetária pela TR), não afasta o direito da parte autora, posteriormente, executar saldo existente em razão da aplicação de índice diverso, “se o presente caso não for atingido por eventual modulação dos efeitos da inconstitucionalidade” da Lei nº 11.960/09 (TJSC, Embargos de Declaração n. 0889467-88.2013.8.24.0023/50001, rel. Des. Ronei Danielli, j. 09/10/2018). (Agravo Interno n. 0328630-90.2014.8.24.0023, da Capital, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-11-2018)

O magistrado singular deliberou nos seguintes termos, antes da publicação do acórdão do RE n. 870.947/SE:

- I. Até a citação (06/07/2015 - pg. 41), correção monetária, pelos índices adotados pela Corregedoria-Geral de Justiça (INPC), desde quando a diferença havida deveria ter sido paga; e
- II. A partir da citação, os juros de mora e correção monetária devem ser calculados de modo unificado, com base nos índices de remuneração básica e juros da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009.

Logo, o caminho é reformar a sentença, no ponto, para determinar que os juros de mora e a correção monetária sejam calculados pelos índices do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009.

Todavia, ressalva-se que, na fase de liquidação e/ou cumprimento da sentença, as regras aqui estabelecidas poderão ser revistas para se adequar ao que será decidido de forma definitiva pelo STF no Tema n. 810, afinal trata-se de matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício.

Além disso, nada impede que o exequente, posteriormente, busque o pagamento de saldo remanescente em razão da aplicação de índice distinto, se o caso concreto não for atingido pela modulação dos efeitos da inconstitucionalidade da Lei n. 11.960/2009.

4. Honorários recursais

Destaca-se que a sentença foi publicada em cartório em 17-3-2016 (f. 123). Aplica-se ao caso, portanto, o enunciado administrativo n. 7, do Superior Tribunal de Justiça, pois somente nos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir do dia 18 de março de 2016 (data de vigência do novo CPC) é possível a fixação dos honorários recursais.

5. Conclusão

Dá-se parcial provimento ao recurso do Estado para diminuir o valor da indenização para R\$ 25.000,00 e fixar o índice de remuneração da caderneta de poupança para os consectários legais, prejudicado o recurso da autora.

Apelação Cível n. 0900107-55.2014.8.24.0011, de Brusque

Relator: Desembargador Luiz Fernando Bolller

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENDIDO CUSTEIO, PELO MUNICÍPIO, DE TRANSPORTE PARA CRIANÇA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS ATÉ A APAE.

EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, ANTE A PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. LOCOMOÇÃO CONCEDIDA PELA COMUNA NA VIA ADMINISTRATIVA.

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

ALEGADA NECESSIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL, OBJETIVANDO EVITAR NOVA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE. ASSERTÇÃO PROFÍCUA.

CONCESSÃO QUE, VERDADE SEJA DITA, DEU-SE EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL PROLATADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

SENTENÇA CASSADA. CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. ART. 1.013, § 3º, INC. I, DA LEI Nº 13.105/15.

ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A SITUAÇÃO DE POBREZA DA FAMÍLIA, QUE NÃO REÚNE AS MÍNIMAS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS PARA ARCAR COM A DESPESA RELATIVA AO TRANSPORTE DO INFANTE. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900107-55.2014.8.24.0011, da comarca de Brusque (Vara da Família Órfãos, Sucessões, Inf. e Juventude) em que é Apelante M. P. do E. de S. C. e Apelado M. de B.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, desconstituindo a sentença, e reconhecendo o interesse de agir do autor, julgando procedente o pedido (art. 1.013, § 3º, inc. I, do NCPC). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, 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 o Procurador de Justiça Guido Feuser.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2018.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por M. P. do E. de S. C., em objeção à sentença prolatada pelo magistrado Maycon Rangel Favareto - Juiz de Direito titular da Vara da Família, Órfãos, Sucessões, Infância e Juventude da comarca de Brusque -, que na *Ação Civil Pública n. 0900107-55.2014.8.24.0011* ajuizada contra o M. de B., com arrimo no art. 485, inc. VI, do NCPC, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, porquanto a concessão do transporte ao infante deu-se na via administrativa (fls. 211/212).

Malcontente, o M. P. do E. de S. C. almeja a reforma do veredicto.

Argumenta que, malgrado o entendimento exarado pelo togado singular, o fornecimento do transporte ao infante só se perfectibilizou em virtude de determinação judicial, e não por deliberação administrativa do M. de B., fazendo-se necessária a confirmação da liminar com a procedência do pedido inaugural, objetivando evitar nova recusa da prestação do serviço por parte da comuna.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 219/227).

Após, sobrevieram as contrarrazões, onde o M. de B. refuta a tese manejada, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 231/235).

Em Parecer da Procuradora de Justiça Procurador que exarou o parecer#Retorna o procurador que exarou o parecer580098@PROC., o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 242/245).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Por vislumbrar a tempestividade e a dispensa do recolhimento do preparo para o M. P. do E. de S. C., porquanto isento (art. 35, 'a', da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/10), nos termos do art. 1.012 e art. 1.013 do NCPC recebo o apelo no duplo efeito, e dele conheço porque atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

O M. P. do E. de S. C. ajuizou a *Ação Civil Pública n. 0900107-55. 2014.8.24.0011*, pretendendo a concessão de transporte gratuito ao infante A. F. S. S., que, em virtude de deficiência mental profunda, grave atraso motor associado (*paralisia cerebral hipotônica*) e epilepsia refratária, necessita frequentar a APAE-Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais daquele município, para estimulação multidisciplinar e auxílio em seu desenvolvimento.

Ao prolatar a sentença, o togado singular extinguiu o processo, sem resolução do mérito, sob o seguinte fundamento:

[...] Desnecessária e incabível a sustentação do presente feito.

Isto porque, conforme informação da Municipalidade, comprovada documentalmente (fls. 207/10), a concessão do transporte ao infante A. F. S. S. deu-se via administrativa, posteriormente ao ingresso da ação, mantendo-se até o presente momento, o que dispensa a onerosa intervenção judicial.

Desta feita, não há mais interesse processual no andamento da presente ação. [...] (fls. 211/212).

Adiante, razão assiste ao *parquet*.

É que, a despeito da alegação da comuna de que teria deliberado administrativamente pelo fornecimento do serviço para transporte do infante à APAE, tem-se, na realidade, que passou a fazê-lo por força da decisão judicial proferida pelo Desembargador Jaime Ramos, no *Agravo de Instrumento n. 2014.068241-0* (fls. 120/129).

Ora, a concessão do pleito em caráter liminar, não deve acarretar a perda superveniente do interesse processual, pois há necessidade de apreciação do mérito da causa.

Nessa linha, *mutatis mutandis*:

APELAÇÕES RECIPROCAMENTE INTERPOSTAS E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO TIREOIDECTOMIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO ESTADO. ALMEJADA EXTINÇÃO DO FEITO PELA SUPERVENIENTE PERDA DO OBJETO. INSUBSISTÊNCIA. REALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO MÉDICA QUE NÃO AFASTA A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO DA LIDE.

[...] Independente de a necessidade de utilização do medicamento requerido ter se finalizado, subsiste o direito da autora de ver seu direito reconhecido, até para legitimar o recebimento liminar dos fármacos [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.025319-2, de Chapecó, rel. Des. César Abreu, j. 29/07/2014) (TJSC, Apelação Cível n. 2015.065426-3, de Imbituba, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 26/01/2016).

Logo, resta evidenciado o interesse processual, visto que a prestação dos serviços de transporte em benefício de A. F. S. S., *[...] nada mais foi do que a concessão do próprio requerimento inicial [...] por meio da antecipação dos efeitos da sentença [...]*, e, *[...] embora a medida liminar tenha sido satisfativa, esta não enseja a extinção da ação, que precisa da confirmação por meio do provimento definitivo, qual seja, a sentença*” (TJSC, Apelação Cível n., rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 01/08/2017).

Assim, é de ser provido o recurso, desconstituindo a sentença, porquanto explícito o interesse de agir.

E conforme determina o art. 1.013, § 3º, inc. I, do NCPC, *“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”*.

É o caso dos autos, já que a causa está madura para julgamento do mérito.

Pois bem.

Aqui, discute-se o dever da municipalidade em proporcionar o deslocamento diário do menino A. F. S. S. à APAE, cuja assistência lhe é essencial ao tratamento para estimulação multidisciplinar e auxílio em seu desenvolvimento.

O pleito merece acolhida, porquanto evidenciado que os genitores do menor não dispõem de condições econômico-financeiras suficientes para custear o transporte da criança, sem comprometer o sustento familiar.

Portanto, irreprochável a inteligência professada pelo eminente Desembargador Jaime Ramos, no *Agravo de Instrumento n. 2014.068241-0*, que, por pertinência e adequação, abarco integralmente, e cuja conclusão - ante sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos -, reproduzo, consignando-a em meu voto, como razões de decidir:

[...] O cerne da questão tratada nos autos refere-se à existência ou não de obrigatoriedade de fornecimento e/ou custeio de transporte por parte do M. de B. em favor da criança A. F. S. S., nascido em 07.11.2005, que padece de deficiência mental profunda, atraso global e grave do desenvolvimento neuropsicomotor e epilepsia, com a finalidade de que o infante possa frequentar a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais-APAE.

A verossimilhança das alegações encontra-se sustentada pelos documentos de fls. 28, 32, 53, 57-58, que comprovam a incapacidade de que padece o infante, bem como demonstram sobre a necessidade do menor de frequentar a referida associação “para estimulação multidisciplinar para auxiliar no desenvolvimento da criança, trazendo, assim, benefício à saúde da criança” (fl. 53).

A representante da criança, A. S. da C. S, formulou requerimento administrativo ao Município solicitando auxílio-transporte para deslocamento à APAE. Todavia, a Municipalidade indeferiu o pleito sob a fundamentação de que “a renda per capita da família não se enquadra dentro dos critérios para o acesso aos benefícios, vale informar que, o critério de renda per capita para o acesso aos benefícios eventuais é de R\$ 140,00, e para o transporte da APAE o valor é de R\$ 250,00” (fl. 39).

A considerar essa informação, a criança não seria devidamente atendida pela Municipalidade para que pudesse frequentar a APAE de forma devida, o que é totalmente incompatível com a necessidade de atendimento e tratamento médico e educacional do infante, inclusive em face do risco de danos mais significativos à saúde.

A respeito da condição econômica da família, conforme bem demonstrou o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, *“folheando os autos se vê que a renda familiar é proveniente do salário do pai e do benefício concedido ao garoto no valor de um salário mínimo. A família gasta por volta de R\$ 780,52 (setecentos e oitenta e trinta e dois centavos) com medicamentos com seu filho, ficando impossibilitada de arcar com o valor do transporte da criança no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) sem que haja prejuízo à família”* (fl. 112).

É evidente que, além dos gastos específicos com a própria criança, a família necessita do sustento e da provisão das mais elementares despesas que possui.

O valor total auferido pela família pode ser suficiente para atender às despesas normais e excepcionais da casa e do infante, mas não para o transporte à APAE.

Os direitos à saúde e à educação são garantidos na Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

“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:

“I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

“II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

“III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

“IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

“V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

“VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

“VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre respectivos direitos, assim dispõe:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

“(…)

“Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005)

“§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

“§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”.

“(…)

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

“I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

“(…)

“V - acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência;”

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

“I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

“(…)

“III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

“VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

Logo, a saúde e a educação representam prerrogativas constitucionais indisponíveis a todas as crianças, com o intuito de assegurar o integral desenvolvimento e preparo do menor.

Na hipótese, não há razão plausível que assista ao Município de Brusque para que deixe de prestar o transporte para o acesso à educação e à saúde da criança portadora de enfermidades graves.

O argumento levantado no processo, e que deu ensejo ao indeferimento do pedido liminar formulado pelo Ministério Público, de que a renda “per capita” familiar supera o limite de 1/4 do salário mínimo, previsto no art. 22, da Lei n. 8.742/93 (LOAS) e, portanto, a família teria condições de arcar com os gastos do transporte do infante à APAE, não merece guarida, isso porque, as provas nos autos, em uma análise preliminar da questão, estão a demonstrar que, de fato, a família não possui condições de arcar com os gastos do transporte do infante à APAE.

Aliás, a satisfação do requisito mencionado na decisão agravada serve para a obtenção do benefício de prestação continuada, não tendo qualquer relação com os direitos da criança ao transporte escolar especial à APAE e a obrigação do município de realizá-lo.

Não fora isso, os direitos à saúde e à educação estão devidamente previstos em disposições normativas superiores, contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Constituição da República.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por sua vez, reside no fato de que o menor, caso não frequente à APAE, poderá sofrer danos à saúde, bem como ser prejudicado no seu processo de desenvolvimento educacional. Assim, é evidente a possibilidade de dano irreversível ou de difícil reparação caso o menor, ao menos nesse momento preliminar, fique sem comparecer à APAE.

Nesse sentido é o entendimento no Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MENOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E MENTAL. TRANSPORTE. DEVER DO MUNICÍPIO. FALTA DE COMANDO NORMATIVO CAPAZ DE INFIRMAR. SÚMULA 284. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO TRANSPORTE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

“[...]3. In casu, assentou o Tribunal a quo que uma vez demonstrada a deficiência e constatada a necessidade do transporte, a fim de ser realizado o tratamento necessário a saúde do menor, este direito é constitucionalmente garantido, verbis: “A pretensão não atende aos interesses do infante, pois não há como negar que ele tem esse direito, em vista do princípio da proteção integral do menor frente à legislação especial e constitucional. Não se pode deixar de aplicar direito absoluto, interligado aos direitos à vida, à saúde, à educação, essenciais para o menor, como prescreve a legislação, em detrimento de um atendimento cronológico, não previsto em lei.” (fls. 102/103)”

“4. Configurada a necessidade do recorrido de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

“5. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão do transporte para realização de tratamento da deficiência, como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde (...)” (STJ, .

Desta forma, o menor portador de enfermidades graves, ao menos nessa fase preliminar, faz jus a transporte a ser fornecido ou custeado pelo Município de Brusque a fim de que possa frequentar regularmente a APAE.

Necessário se faz salientar que a negativa do Município em fornecer referido transporte resulta em inadmissível obstaculização de acesso aos direitos fundamentais à saúde e à educação do menor necessitado, além de constituir afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana [...].

Em arremate, anoto que vinham sendo arbitrados honorários recursais também para os casos de procedência total ou parcial do recurso.

No entanto, de maneira invariável, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido pela literal aplicabilidade do art. 85, § 11, do NCPC, assentando 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, reconhecendo o interesse de agir do M. P. do E. de S. C., desconstituindo a sentença, e nos termos do art. 1.013, § 3º, inc. I, do NCPC, julgo procedente o pedido.

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 0305320-21.2015.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A ILEGITIMIDADE DO ENTE MUNICIPAL E JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NO TOCANTE À ASSISTÊNCIA À SAÚDE. ARTS. 23, II, e 198, § 1º, DA CF. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PERÍCIA. REQUISITO ESTABELECIDO NO IRDR (TEMA 1) PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE PARA FORNECIMENTO DE FÁRMACO NÃO DISPONIBILIZADO PELO SUS. *DECISUM* ANULADO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA INSTRUÇÃO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO QUANTO À LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO. PREJUDICADAS AS DEMAIS INSURGÊNCIAS. CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305320-21.2015.8.24.0023, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é Apelante M. A. K. e Apelados E. de S. C. e M. de F.:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reconhecer a legitimidade passiva do M. de F. e anular a sentença, determinando-se a devolução dos autos ao juízo de origem, a fim de que haja a instrução do feito, prejudicadas as demais insurgências do apelo. Defere-se, no mais, a tutela de urgência, devendo os entes públicos demandados, no prazo de 15 (quinze) dias, fornecer à requerente o medicamento Ranibizumabe (Lucentis), conforme prescrição médica, sob pena de sequestro dos valores necessários à sua aquisição na rede privada. Custas legais.

O julgamento foi realizado nesta data e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Fernando Boller e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2018

Jorge Luiz de Borba
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

M. A. K., assistida pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, ajuizou “ação de obrigação de fazer para fornecimento de medicamento com pedido de tutela antecipada” em face do E. de S. C. e do M. de F. aduzindo ser portadora de “degeneração macular subretiniana relacionada com a idade” (CID 10 H35.3) e necessitar do fornecimento gratuito do medicamento Ranibizumabe (Lucentis) para o tratamento da patologia. Referiu que não tem condições de adquirir a

medicação e que a Constituição Federal, ao prever o direito à saúde, assegurou o fornecimento gratuito daquela pelo Estado.

O pedido liminar foi deferido (fls. 34-37).

Citados, os réus apresentaram contestação (fls. 53-65 e 73-87).

Houve réplica (fls. 94-102).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina manifestou-se “pelo afastamento da ilegitimidade passiva arguida pelo M. de F.; pelo julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC, com a procedência dos pedidos contidos na inicial, bem como pela não condenação ao pagamento de honorários advocatícios pelo Estado de Santa Catarina, em favor da Defensoria Pública estadual” (fls. 106-113).

Sobreveio sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em face do M. de F., e que julgou improcedente o pedido formulado na inicial em relação ao E. de S. C.. Colhe-se da parte dispositiva do *decisum*:

Ante o exposto:

a) JULGO EXTINTO o presente processo em face do M. de F., sem resolução de mérito, o que faço com fundamento no art. 354 c/c 485, VI, ambos do CPC; e

b) JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial desta ação, proposta por Maria Amorim Kurunzi em face do E. de S. C., e, por via de consequência, REVOGO a decisão concessiva da tutela provisória (p. 35-37), com efeito *ex nunc* para todos os fins de direito.

CONDENO a parte autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos arbitrados por apreciação equitativa em R\$ 1.000,00, a teor do art. 85, § 8º, do CPC (TJSC, AC nº 2015.080233-8, de Imbituba, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 29/03/2016), observados, a título de correção monetária e juros de mora, os índices da Lei nº 11.960/09. A exigibilidade do ônus sucumbencial, todavia, fica sobrestada pelo prazo de 5 anos (CPC, art. 98, § 3º).

Por fim, DECLARO resolvido o mérito do processo, forte no art. 487, I, do CPC.

Dispensado o reexame necessário (CPC, art. 496).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado e observadas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE os autos definitivamente, com as devidas anotações no SAJ/PG (fls. 125-126).

A autora interpôs recurso de apelação. Sustentou que o Município é parte legítima a figurar no polo passivo da demanda; que embora o direito à saúde não seja absoluto, “não pode servir como um escudo ao gestor público para não cumprir promessa constitucional e se eximir de fornecer medicamento urgente” (fl. 142); que a crítica situação financeira do País, do mesmo modo, “não pode servir de justificativa para restringir os direitos fundamentais do indivíduo” (fl. 143); que “cabe ao Estado a execução de tarefas indispensáveis para a garantia dos direitos individuais e coletivos, assegurados pela Constituição Federal e não a restrição desses direitos, sob pena de retrocesso social” (fl. 143); que o acesso à justiça, seja individual ou coletivo, é um direito fundamental; que não há

políticas públicas de saúde alternativas ao caso concreto; e que todos os requisitos previstos no IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054, bem como na Súmula n. 101 do TRF 4ª Região e nos Enunciados ns. 14 e 16 do CNJ estão preenchidos (fls. 137-152).

Ofertadas contrarrazões (fls. 178-181 e 182), os autos ascenderam a esta Corte.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da Exma. Sr.^a Dr.^a Gladys Afonso, opinou “pelo retorno dos autos à origem, a fim de que se determine a realização de perícia médica, mantendo-se, contudo, os efeitos da antecipação de tutela” (fls. 205-212).

O feito veio concluso para julgamento.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Passa-se à análise das suas razões.

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. A. K. contra decisão pela qual o magistrado singular, nos autos da “ação de obrigação de fazer para fornecimento de medicamento com pedido de tutela antecipada” que move em face do M. de F. e do E. de S. C., julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em face da municipalidade, e julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Em suas razões recursais, a apelante sustenta que o Município demandado possui legitimidade para atuar no polo passivo da demanda uma vez que é competência comum (solidária) de todos os entes federados garantir a assistência à saúde dos cidadãos.

Razão assiste à apelante.

Sobre a repartição de competências entre os entes federados, a jurisprudência é uníssona no sentido da sua irrestrita solidariedade em matéria de saúde, nos moldes dos arts. 23, 196, 197 e 198 da CF/1988 e dos arts. 153, 154 e 155 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Tratando-se de responsabilidade solidária, aplica-se à hipótese o art. 275 do Código Civil, *in verbis*:

O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Portanto, é facultado ao demandante escolher contra qual dos entes públicos irá ajuizar a ação, podendo ingressar em juízo contra apenas um deles ou, ao contrário, em face da União, do Estado e do Município de uma só vez, tratando-se, portanto, de litisconsórcio passivo facultativo.

Essa é a orientação desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. FÁRMACO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DE UM DOS RÉUS.

LEGITIMIDADE. MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES DA FEDERAÇÃO.

É pacífico que os entes públicos possuem competência comum e responsabilidade solidária na consecução do direito à saúde, inclusive quanto ao fornecimento de medicamento, podendo figurar no polo passivo da demanda isoladamente ou em litisconsórcio, a critério do postulante.

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICA PÚBLICA NA ÁREA DA SAÚDE. LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. [...]

MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. REQUISITOS DO IRDR DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE. DESNECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. NEGATIVA EVIDENCIADA. [...]

SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO. POSSIBILIDADE. [...]

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (AC n. 0304662-98.2016.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 9-8-2018; sublinhou-se).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO VOLTADA AO FORNECIMENTO DE FÁRMACO DE ALTO CUSTO. DEMANDA AJUIZADA EM FACE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. SENTENÇA QUE EXCLUIU O MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS DO POLO PASSIVO DO FEITO. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO FINGOLIMODE. PADRONIZAÇÃO DO USO NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS. DECISÃO DE ORIGEM REFORMADA. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSO CONHECIDO E ACOLHIDO (AC n. 0303631-05.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 19-6-2018).

Também:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PACIENTE PORTADORA DE DEPRESSÃO, TRANSTORNOS ANSIOSOS MISTOS (F 41.3), REAÇÃO NÃO ESPECIFICADA A UM *STRESS* GRAVE (F 43.9). TUTELA ANTECIPADAMENTE DEFERIDA. AGRAVO DO MUNICÍPIO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS PELO ATENDIMENTO AO DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO RECONHECIDA.

A responsabilidade dos entes públicos (União, Estados-Membros e Municípios) é solidária, razão por que pode a parte optar por exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos, uma vez que são solidariamente responsáveis.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA MANTIDA. [...]

PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. [...]

OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES. INEXISTÊNCIA. [...]

AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (AI n. 0031464-43.2016.8.24.0000, de Timbó, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 7-3-2017).

No caso, a demandante optou por ajuizar a ação contra o M. de F. e o E. de S. C.. Assim, o ente público municipal é legítimo para figurar no polo passivo da demanda.

O magistrado singular julgou antecipadamente o feito, decretando a improcedência do pedido. Colhe-se dos fundamentos da sentença:

No caso concreto, a parte autora pleiteia o fornecimento do medicamento “Ranibizumabe e/Lucentis”, pelo tempo necessário à convalescença.

O requerimento formulado, todavia, contraria frontalmente o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, uma vez que o medicamento pleiteado não se encontra padronizado pelo Ministério da Saúde em nenhum dos seus programas (p. 29-30).

De mais a mais, “em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS CONITEC” (Enunciado nº 57 da II Jornada de Direito da Saúde).

Com efeito, a referida comissão elaborou no mês de outubro de 2015 relatório de recomendação comparando os medicamentos BEVACIZUMABE (Avastin) e RANIBIZUMABE (Lucentis) no tratamento de edema macular diabético, tendo concluído no seguinte sentido:

Pelo exposto, a CONITEC, em sua 40ª reunião ordinária, posicionou-se desfavoravelmente à incorporação no SUS do ranibizumabe para edema macular diabético, recomendando favoravelmente a incorporação do bevacizumabe para essa indicação. Considerou-se que o ranibizumabe é eficaz e seguro, porém se equipara em eficácia e segurança ao bevacizumabe, o qual representa a alternativa de tratamento mais custo efetiva.

Referida comparação também foi realizada pela CONITEC no ano de 2014, especificamente em relação ao tratamento da degeneração macular relacionada à idade. Naquela ocasião, a conclusão foi a seguinte:

Pelo exposto, a CONITEC, em sua 22ª reunião ordinária, recomendou a não incorporação no SUS do ranibizumabe para DMRI exsudativa. Considerou-se que o medicamento é eficaz e seguro, porém se equipara em eficácia e segurança ao bevacizumabe, o qual representa a alternativa de tratamento. Além disso, este último medicamento apresenta muito menor custo por dose: R\$ 21,18, enquanto o custo por dose do ranibizumabe pode chegar a cerca de seis vezes mais, R\$ 126,88. Isto significa que, caso incorporasse o ranibizumabe, o Ministério da Saúde estaria deixando de tratar 5 pacientes a cada 1 tratado.

Ainda no ano de 2012, a aludida comissão já alertava para a existência do medicamento Bevacizumabe (Avastin), em substituição ao Ranibizumabe (Lucentis), inclusive chamando a atenção para o seguinte fato: “Ranibizumabe é derivado da molécula original do Bevacizumabe. Logo, possuem o mesmo mecanismo de ação, a mesma molécula de origem, a mesma patente. [...] Considerando essas semelhanças, torna-se bastante pertinente o debate sobre a diferença significativa dos preços praticados pelas duas empresas que comercializam o medicamento no Brasil”.

Houve, portanto, estudo aprofundado a respeito de qual fármaco deveria ingressar no Sistema Único de Saúde SUS, tendo o Bevacizumabe (Avastin) logrado êxito na disputa, devido ao reduzido custo de sua aplicação, aliado ao fato de possuir eficácia e segurança similar ao seu concorrente, no caso, o Ranibizumabe (Lucentis).

Ou seja, ambas as drogas acima possuem registro junto à ANVISA e apresentam-se potencialmente capazes de atuar no tratamento da doença que acomete a parte autora, não havendo até o presente momento evidências científicas acerca da superioridade terapêutica de uma ou de outra.

Em caso análogo, já se decidiu:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LUCENTIS (RANIBIZUMABE). DEGENERÇÃO MACULAR RELACIONADA À IDADE. POSSIBILIDADE DE USO DE ALTERNATIVA TERAPÊUTICA. ORÇAMENTO E RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO RESTOU

DEMONSTRADA A IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO.

1. O orçamento e a reserva do possível, quando alegados genericamente, não importam em vedação à intervenção do Judiciário em matéria de efetivação de direitos fundamentais.
2. Descabe a condenação genérica, em ação coletiva, em ações onde postulado o fornecimento de medicamentos, uma vez que indispensável o exame da imprescindibilidade do fármaco individualmente.
3. A Terceira Turma deste Tribunal entende que é necessária a prévia realização de prova pericial em demandas nas quais é postulado o fornecimento de medicamentos, salvo aquelas em que o caso concreto impede que se aguarde a produção.
4. Ações que postulam o fornecimento do medicamento Lucentis para tratamento da Degeneração Macular relacionada à idade chegam recorrentemente a esta Turma, havendo notícias, em diversos autos, da possibilidade de utilização off label do medicamento Avastin (Bevacizumabe), que possui eficácia comprovada e um custo significativamente menor.
5. Havendo possibilidade de alternância terapêutica, é de se aguardar a produção de prova pericial, a fim de se avaliar se é viável o uso de fármaco diverso daquele prescrito pelo médico assistente do autor (TRF-4, AI nº 5029224-55.2014.404.0000, Rel^a. Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. 19/08/2015)

Por último, importa registrar que, “sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde NATS” (Enunciado nº 18 da I Jornada de Direito da Saúde).

Nesse particular, tem-se a Nota Técnica nº 403/2014, elaborada pelo Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde NATS vinculado ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, cujas conclusões foram as seguintes:

- A fotocoagulação a laser é a primeira linha de tratamento para a retinopatia diabética. Terapias alternativas só devem ser tentadas após falha da fotocoagulação.
- Há evidências fracas na literatura de que o tratamento paliativo com antiangiogênicos promova melhora inicial em pacientes com retinopatia diabética com edema macular. Essa melhora pode minimizar o risco de descolamento de retina.
- Não há comprovação de que os medicamentos Lucentis® ou Avastin® diminuam o risco de cegueira.
- Tanto o ranibizumabe (Lucentis®) quanto o bevacizumabe (Avastin®) têm eficácia semelhante.
- Nenhum dos medicamentos tem indicação de bula, no Brasil, para uso no tratamento da retinopatia diabética.

Caso haja decisão pela liberação de um antiangiogênico, a recomendação é pela indicação do uso do bevacizumabe, nome comercial Avastin® pela sua eficácia clínica semelhante e menor custo.

No mesmo sentido aponta a Nota Técnica nº 90/2013, elaborada também pelo Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde NATS vinculado ao Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG:

- Há evidência, na literatura, de que o tratamento paliativo com antiangiogênicos promove discreta melhora em 30% dos pacientes ou paralisação do processo degenerativo da DMRI em outros 30%.
- Tanto o ranibizumabe (Lucentis®) quanto o bevacizumabe (Avastin®) podem ser usados no tratamento com eficácia semelhante⁵.

O bevacizumabe já está sendo incorporado no âmbito do SUS para o tratamento da doença que acomete a parte autora, contando com a autorização de uso excepcional concedida pela ANVISA, conforme RDC nº

111, de 6 de setembro de 2016 (http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2971795/RDC_111_2016_.pdf/f12db9d9-fe9a-4ce0-85ea-a2d70226a4aa. Acesso em: 13/06/2017).

Ou seja, além de o medicamento pleiteado encontrar-se fora dos programas de atendimento da rede pública de saúde, o que, por si só, conduziria à improcedência do pleito, é possível vislumbrar também a existência de alternativa terapêutica, com custo de aquisição significativamente menor do que aquele indicado na petição inicial.

Logo, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe (fls. 122-125).

Sobre a matéria, a jurisprudência desta Corte é a seguinte:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA - IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.

1. Teses Jurídicas firmadas:

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.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para excluir da condenação o fornecimento dos fármacos não padronizados (grifou-se; IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, j. 9-11-2016).

Vê-se que a causa não se encontra madura para imediato julgamento (art. 1.013, § 3º, I, do CPC), sendo necessária a devolução dos autos ao juízo de origem, a fim de que haja a instrução do feito, porquanto indispensável a realização de perícia técnica a demonstrar a imprescindibilidade do fármaco pretendido e a impossibilidade de sua substituição pelas alternativas disponibilizadas na rede pública de saúde – requisito para o fornecimento de medicamentos não padronizados.

Nesse sentido, este Tribunal já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA PARTE AUTORA.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROVAS TRAZIDAS AOS AUTOS QUE SÃO INSUFICIENTES PARA ATENDER AOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR, PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA NECESSÁRIA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA CONFIGURADO.

[...] “Apresenta-se imprescindível a prova pericial para o fornecimento de medicamentos, justamente para se ter laudo médico imparcial, que avalie o beneficiário, a doença e a efetiva necessidade da medicação prescrita. Isso com o intuito de preservar o direito de defesa do próprio ente estatal, principalmente quanto à possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por genérico ou similar, ou por alternativas terapêuticas com a mesma eficácia e disponíveis nos programas de assistência à saúde pública” (TJSC, Apelação Cível n. 0300704-25.2017.8.24.0090, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 20-03-2018).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA MANTIDA. SENTENÇA CASSADA. RETORNO DO FEITO À ORIGEM PARA A DEVIDA INSTRUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (AC n. 0307300-03.2015.8.24.0023, da Capital, rel.^a Des.^a Vera Lúcia Ferreira Copetti, j. 8-11-2018).

E:

ASSISTÊNCIA À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO E JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO.

SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. ARTS. 23, II, e 198, § 1º, DA CF. POSSIBILIDADE DE DEMANDAR QUALQUER UM DELES.

REQUISITOS PARA CONCESSÃO DOS FÁRMACOS DEFINIDOS EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

“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. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 9-11-2016)

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROVA PERICIAL IMPRESCINDÍVEL PARA ATESTAR A NECESSIDADE E UTILIDADE DO REMÉDIO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR OUTROS FÁRMACOS MENOS DISPENDIOSOS. NULIDADE DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REABERTURA DA INSTRUÇÃO.

RECURSO PROVIDO NO TOCANTE À LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO, PREJUDICADOS OS DEMAIS TÓPICOS (AC n. 0330306-39.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 7-8-2018).

No tocante à tutela de urgência, tem-se que se encontram presentes evidências bastantes quanto

à necessidade da medicação e os riscos à saúde da paciente caso o tratamento não seja fornecido (fls. 25-34). Por esta razão, concede-se a medida de urgência requerida.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reconhecer a legitimidade passiva do M. de F. e anular a sentença, determinando-se a devolução dos autos ao juízo de origem, a fim de que haja a instrução do feito, prejudicadas as demais insurgências do apelo. Defere-se, no mais, a tutela de urgência, devendo os entes públicos demandados, no prazo de 15 (quinze) dias, fornecer à requerente o medicamento Ranibizumabe (Lucentis), conforme prescrição médica, sob pena de sequestro dos valores necessários à sua aquisição na rede privada.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0010307-15.2012.8.24.0045, de Palhoça

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO EM DESALINHO COM A LEI N. 2.218/2005, DO MUNICÍPIO DE PALHOÇA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR CARÊNCIA DE AÇÃO. INEXISTÊNCIA DO LAUDO PRÉVIO DE VISTORIA EXIGIDO PELA REFERIDA LEI MUNICIPAL. INVIABILIDADE DA DEMOLIÇÃO ANTES DO CUMPRIMENTO DE TAL REQUISITO. TESE JURÍDICA FIRMADA, POR ESTA CORTE, EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA 8). CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ADEQUADAMENTE IMPOSTA AO MUNICÍPIO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA: LEI N. 11.960/2009 JULGADA PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL QUANTO À CORREÇÃO MONETÁRIA. ATRIBUIÇÃO, CONTUDO, PELASUPREMACORTE, DEEFITOSUSPENSIVOAOSEMBARGOSDEDECLARAÇÃO OPOSTOS, ATÉ A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO DECISUM. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA POR ORA. APLICABILIDADE DA NORMA ATÉ MANIFESTAÇÃO DA SUPREMA CORTE QUANTO AOS REPORTADOS EFEITOS. ACOLHIMENTO DO APELO QUANTO A ESTE ÚLTIMO PONTO. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I. O Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, que rendeu ensejo ao Tema 8, fixou a seguinte tese jurídica: “*OS MUNICÍPIOS CARECEM DE INTERESSE DE AGIR PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO DEMOLITÓRIA, QUANDO INEXISTENTE LAUDO PRÉVIO DE VISTORIA CONFORME EXIGÊNCIA EM LEI LOCAL, COM EXCEÇÃO DAS AÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS FUNDADAS EM RELAÇÃO JURÍDICO-AMBIENTAL, CUJO PROPÓSITO SEJA A TUTELA DE ÁREAS ESPECIALMENTE PROTEGIDAS*”. (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0012709-69.2012.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 22.8.2018). Assim, no caso dos autos, à míngua do reportado laudo de vistoria, exigido pelo art. 63, § 1º, da Lei local n. 2.218/ 2005, é de manter-se incólume a sentença de extinção do feito, com fulcro no art. 485, incs. IV e VI, do CPC, dada a ausência de interesse de agir do Município autor.

II. O princípio da causalidade justifica a inflição, em desfavor do Município apelante, dos honorários sucumbenciais, eis que foi ele quem deflagrou a ação demolitória, mesmo tendo conhecimento da existência, na Lei local, de medidas administrativas a serem adotadas antecedentemente.

III. Impõe-se manter a aplicação do indexador fixado pela Lei n. 11.960/2009 no período anterior à inscrição do crédito em precatório até que a Suprema Corte, em face da oposição de embargos declaratórios, aos quais foi atribuída carga suspensiva (ED em RE n. 870.947, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.9.2018), manifeste-se sobre o alcance (modulação dos efeitos) da decisão por ela prolatada, ao julgar parcialmente inconstitucional o referido édito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0010307-15.2012.8.24.0045, da comarca de Palhoça 3ª Vara Cível em que é apelante Município de Palhoça e apelado Osmar Carlos Luis.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso, tão somente para determinar que a correção monetária incidente sobre o valor atualizado da causa siga o parâmetro estabelecido pela Lei n. 11.960/2009 (índices oficiais de remuneração básica - variação mensal da TR). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Cid Goulart, que o presidiu, e Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 27 de novembro de 2018

Desembargador João Henrique Blasi

RELATOR

RELATÓRIO

Município de Palhoça, via Procuradora Maiara Mendes de Souza Silva, deduziu apelação contrastando sentença lavrada pela Juíza Cleny Serly Rauen Vieira que julgou extinta, sem resolução de mérito (art. 485, incs. IV e VI, do CPC), por falta de interesse de agir, bem como por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (fls. 57 a 65), ação demolitória por ele aforada contra o revel Osmar Carlos Luis.

Malcontente, o Município apelante pugna, preliminarmente, pela anulação da sentença de modo a reabrir-se a instrução do feito. Subsidiariamente, requer a inversão dos honorários advocatícios de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, bem como para que, em caso de condenação, seja aplicado o indexador estabelecido no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, observada a redação entronizada pela Lei n. 11.960/2009 no dizente com os encargos de mora (fls. 67 a 78).

Não houve contrarrazões (fl. 91).

O *Parquet*, em parecer exarado pelo Procurador de Justiça Onofre José Carvalho Agostini, manifestou-se pela suspensão do feito até o julgamento final do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 0012709- 69.2012.8.24.0045/50000 (Tema n. 8 - fls. 84 a 86).

Na sequência, o trâmite do feito foi sobrestado (fls. 82 e 93). Julgado o IRDR, cessou a causa do sobrestamento (fl. 96), devolvendo-se os autos ao Ministério Público para manifestação sobre o mérito (fl. 97), tendo o Procurador de Justiça Murilo Casemiro Mattos opinado pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 100 a 103).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

A controvérsia que deflui dos autos radica em definir se o Município autor/apelante tem --- ou não --- interesse de agir para aforar ação demolitória, quando existente, na sua própria legislação (Lei

local n. 2.218/2005), mecanismos assecuratórios da demolição na via administrativa, e, também, se é indispensável a confecção do laudo de vistoria prévia normado pelo art. 63, § 1º, do mencionado édito.

De pronto, calha anotar que a matéria foi recentemente decidida pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte no contexto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cadastrado como Tema 8, onde, por maioria de votos, restou fixada a seguinte compreensão:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CARÊNCIA RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO CONCLUSIVO, CAPAZ DE IDENTIFICAR A ADEQUAÇÃO DA PRETENSÃO. PODER DE POLÍCIA. AUTOEXECUTORIEDADE. RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL ESPECÍFICA, EXIGINDO VISTORIA PRÉVIA PARA CONSTATAÇÃO DA EVENTUAL POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA. OMISSÃO QUE AUTORIZA A EXTINÇÃO DO FEITO. NECESSIDADE DE RESSALVA QUANTO ÀS AÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS, QUE ENVOLVAM PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. TESE JURÍDICA DEFINIDA: “OS MUNICÍPIOS CARECEM DE INTERESSE DE AGIR PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO DEMOLITÓRIA, QUANDO INEXISTENTE LAUDO PRÉVIO DE VISTORIA CONFORME EXIGÊNCIA EM LEI LOCAL, COM EXCEÇÃO DAS AÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS FUNDADAS EM RELAÇÃO JURÍDICO-AMBIENTAL, CUJO PROPÓSITO SEJA A TUTELA DE ÁREAS ESPECIALMENTE PROTEGIDAS.” (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0012709-69.2012.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 22.8.2018 - destaquei).

Portanto, remanesceu assentado, como visto acima, que, existindo regramento específico em legislação local, exigindo laudo prévio de vistoria para constatação de viabilidade de regularização, carece a Administração Pública de interesse de agir ao acionar o Poder Judiciário antes do cumprimento de tal requisito.

Impõe-se, então, no caso dos autos, a manutenção da sentença, à míngua do reportado laudo de vistoria (art. 63, §1º, da Lei n. 2.218/2005), e da ausência de elementos capazes de evidenciar se a obra em tela é --- ou não --- passível de regularização, embora haja afirmativa da Municipalidade autora de que ficou no aguardo de iniciativa do réu em tal sentido (fl. 4 e fls. 48 e 49).

Em abono, ajunto outro recentíssimo julgado desta Corte envolvendo a mesma Municipalidade. Ei-lo:

AÇÃO DEMOLITÓRIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO CONCLUSIVO, CAPAZ DE IDENTIFICAR A ADEQUAÇÃO DA PRETENSÃO. PODER DE POLÍCIA. AUTOEXECUTORIEDADE. RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL ESPECÍFICA, EXIGINDO VISTORIA PRÉVIA PARA CONSTATAÇÃO DA EVENTUAL POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA. OMISSÃO QUE AUTORIZA A EXTINÇÃO DO FEITO. NECESSIDADE DE RESSALVA QUANTO ÀS AÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS, QUE ENVOLVAM PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. APELO CONHECIDO E PROVIDO. “Os Municípios carecem de interesse de agir para ajuizamento de ação demolitória, quando inexistente laudo prévio de vistoria conforme exigência em lei local, com exceção das ações de direitos difusos fundadas em relação jurídico-ambiental, cujo propósito seja a tutela de áreas especialmente protegidas” (Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas n. 0012709-69. 2012.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 22-8-2018). (Apelação Cível n. 0002529-67. 2007.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, 1ª Câmara de Direito Público, j. 6.11.2018).

Quanto ao pedido de inversão dos honorários advocatícios, é correntio que, por força do princípio da causalidade, quem deve suportar os encargos advindos do processo é o causador/motivador da propositura da ação.

Oportunos mostram-se, neste azo, os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 380).

Essa inteligência faz-se aplicável inclusive nos casos em que se verifica a extinção do feito, sem resolução de mérito, como sucedeu aqui.

Portanto, à luz do princípio da causalidade justifica-se a inflição, em desfavor do Município apelante, dos honorários sucumbenciais, eis que foi ele quem deflagrou a ação demolitória, mesmo tendo conhecimento da existência, na Lei local, de medidas administrativas a serem adotadas antecedentemente.

Por fim, quanto à correção monetária é de referir-se que a Suprema Corte, em decisão proferida sob o sinete da repercussão geral (RE n. 870.947/ SE - Tema 810, relator Min. Luiz Fux, publicada em 20.9.2017), assim assentou:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. **Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, em fixar as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.** (destaquei)

Ocorre que, em mais uma reviravolta intelectual, recentíssima decisão monocrática (publicada em 25.9.2018), da lavra do mesmo Ministro Luiz Fux, conferiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos àquele *decisum*, sobrestando a sua imediata aplicabilidade até a respectiva modulação dos efeitos. Confira-se a suma do decidido:

Pois bem, apresenta-se relevante a fundamentação expendida pelos entes federativos embargantes no que concerne à modulação temporal dos efeitos do acórdão embargado, mormente quando observado tratar-se a modulação de instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade de leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Encontra-se igualmente demonstrada, *in casu*, a efetiva existência de risco de dano grave ao erário em caso de não concessão do efeito suspensivo pleiteado.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para fins de aplicação da sistemática da repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para a observância da orientação estabelecida.

[...]

Desse modo, a imediata aplicação do *decisum* embargado pelas instâncias *a quo*, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas.

Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF. (RE 870947 ED, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.9.2018, DJe 25.9.2018)

Assim, curvando-me à determinação do Supremo Tribunal Federal, tendo presente que não foi efetivada, ainda, a modulação dos efeitos do *decisum* referenciado, a solução a ser dada é a de afastar, ao menos por ora, a inconstitucionalidade do dispositivo em tela no período anterior à inscrição do crédito em precatório.

Vai daí que a correção monetária, diversamente do decidido pelo Juízo *a quo* (com base no INPC – fl. 65), deve reger-se pelo regrado no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei n. 11.960/09, motivo pelo qual o recurso merece ser provido no ponto.

Frente ao exposto, voto pelo parcial provimento do recurso do Município autor, tão somente para determinar que a correção monetária incidente sobre o valor atualizado da causa siga o parâmetro estabelecido pela Lei n. 11.960/2009 (índices oficiais de remuneração básica - variação mensal da TR).

Agravo de Instrumento n. 4022660-81.2017.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, VISANDO À CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR ESPECIALIZADO PARA AUXILIAR/PRESTAR ASSISTÊNCIA A ALUNA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS (SÍNDROME DE DOWN). SUSCITAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROCEDÊNCIA, EM RAZÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DE A BENEFICIÁRIA ESTAR MATRICULADA EM ESCOLA DA REDE DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. OBRIGAÇÃO A SER CUMPRIDA POR ESTE ENTE PÚBLICO, NÃO POR AQUELE. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4022660-81.2017.8.24.0000, da comarca de Joinville, Vara da Infância e Juventude, em que é agravante Estado de Santa Catarina e agravada M. W. da S.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para, reformando a decisão agravada, reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado de Santa Catarina para cumprir a obrigação imposta (contratação de professor auxiliar) e, em consequência, extinguir o feito em relação a ele, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil. 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, 18 de dezembro de 2018

Desembargador João Henrique Blasi

Relator

RELATÓRIO

Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento ante decisão proferida no contexto de ação de obrigação de fazer proposta contra ele e também contra Município de Joinville, por M. W. da S., representada por sua mãe A.W., assim concluída:

[...] A Constituição Federal, em seus artigos 206 e 208, coloca que:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; [...]. [grifei]

“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 [...].**” [grifei].

Na mesma linha, o “Estatuto da Criança e do Adolescente”, em seu artigo 3º, garante que **“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”**

Então, salvo melhor juízo, a medida liminar merece e deve ser deferida.

É sabido que, nos moldes do art. 300 do CPC, admite-se a concessão da **tutela provisória** quando **“houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito”** e **“o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”**

E **“prova inequívoca, segundo a doutrina, é aquela que, por sua clareza e precisão, autoriza, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor, se o litígio, hipoteticamente, fosse julgado naquele momento.”** [TJSC, Agravo de Instrumento n. 96.002148-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu].

Para **LUIZ FUX**, **“A prova, via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova estreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.”** [“Tutela Antecipada e Locações”, Rio, Editora Destaque, 1995, p. 109].

Salvo melhor juízo, aqui, existe **probabilidade do direito**, porque, através das “prescrições médicas”, constata-se que:

“M. W. da S. [...] é considerada criança especial, portanto, necessita acompanhamento especial na escola e demais atividades.” [fls. 16].

Mais: **“Declaro que a jovem Mirella [...] é portadora da Síndrome de Down, e depende de cuidados especiais em função das limitações impostas pela patologia em questão.”** [fls. 19].

“Solicita-se, portanto, que a referida criança tenha acesso aos cuidados escolares que de direito, oferecendo-lhe cuidados escolares tais como suporte pedagógico, monitorização da atividade da vida diária, eventual reforço escolar quando necessário e da assistência de professor auxiliar.” [fls. 19].

Além disso, no caso concreto, existe **o perigo de dano**, uma vez que, sem um professor de apoio, a infante terá baixo desempenho nas suas atividades escolares.

De acordo com a inicial, **“Mirella não faz acompanhamento no AEE. Salienta-se que, no ano de 2016, a turma possuía mais de um professor e a criança recebia o suporte necessário.”**

Porém, desde o início de 2017, a turma de Mirella possui apenas um professor para cerca de 26 crianças, sendo que esta situação causa prejuízo para o acompanhamento das necessidades especiais que a aluna necessita.” [fls. 02].

Então, há **“prova estreme de dúvidas”** e **“perigo na demora da prestação jurisdicional”** que autoriza, neste momento, **“um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor”**.

Aliás, **“[...] No conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior**

seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o *homo medius*, na valoração dos bens da vida [Carreira Alvim].” [TJSC, Agravo de Instrumento n. 2002.004206-4, de Guarimirim, relator: Des. Newton Trisotto, julgado em 06 de maio de 2002 - grifei].

Em resumo, **“Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado.”** [J.J. Calmon de Passos, “Reforma do código de processo civil”, Saraiva, 1996, p. 189 - grifei].

DIANTE DE TAIS FUNDAMENTOS:

I. DEFIRO a **tutela provisória** requerida [...] para **determinar que o MUNICÍPIO DE JOINVILLE solidariamente com o ESTADO DE SANTA CATARINA contratem professor especializado para auxiliar a aluna requerente na sala de aula, de imediato, e sob pena de sequestro de valores para o pagamento da contratação a nível particular.**

“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”. [AI n. 2013.013520-0, de Brusque, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 25-6-2013].” [TJSC, Apelação Cível n. 2015.015990-7, da Capital Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, julgada em 26 de maio de 2015 - grifei].

[...] (fls. 27 a 30 dos autos originários).

Sustenta o Estado agravante, em epítome, que se trata *“de aluno que integra a rede municipal de ensino, o que torna flagrante a ilegitimidade passiva do Estado de Santa Catarina”* (fl. 3) e por isso *“requer a reforma da decisão com determinação exclusiva do Município de Joinville [para a] contratação do professor auxiliar”* (fl. 7). No mais, pugna pelo deferimento de efeito suspensivo (fls. 1 a 11).

Deferi o efeito suspensivo almejado (fls. 22 a 27).

Não houve contrarrazões (fl. 38).

O Ministério Público, via Procurador de Justiça Onofre José Carvalho Agostini, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 41 a 44).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Da decisão deferitória do efeito suspensivo, por mim proferida, faz-se oportuno transcrever o fragmento que segue:

[...] O agravo é cabível, tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade insertos nos arts 1.016 e 1.017 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual admito o seu processamento.

Passo, de conseguinte, à análise do pedido de efeito suspensivo, cujo acolhimento exige a presença dos pressupostos insculpidos no art. 995, p. único, do Código de Processo Civil. *In verbis*:

Art. 995. [...]

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.

No caso concreto avultam plausíveis os fundamentos invocados pelo agravante, pois está pacificado, na jurisprudência, entendimento quanto à ilegitimidade passiva do Estado de Santa Catarina, remanescendo exclusiva a competência do Município na implementação do direito em tela.

Esta Corte, a propósito, ao tratar iteradamente da matéria em alinhavo, tem assim entendido, como ressei do aresto adiante ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO ESPECIAL. ALUNO PORTADOR DE ENCEFALOPATIA NÃO PROGRESSIVA SECUNDÁRIA E SEQUELAS DE MENINGITE MENINGOCÓCICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ALEGADA OBRIGAÇÃO EXCLUSIVA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. CRIANÇA, TODAVIA, MATRICULADA NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. DEVER DE CONTRATAR FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE RECAI EXCLUSIVAMENTE AO ENTE MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DO ESTADO INTERFERIR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO AO ESTADO. APLICAÇÃO DO ART. 485, VI, DO CPC/15. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Instrumento ns. 4012116-68.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, 2ª Câmara de Direito Público, j. 28.11.2017 - destaqui).

Do corpo do acórdão extrai-se, para transcrição, o seguinte fragmento:

2. [...] merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado e a competência exclusiva do Município na implementação do direito em tela.

É incontestável o dever solidário de todos os entes da Federação de assegurar aos cidadãos a efetivação do direito à educação. Forte é o posicionamento no sentido de que a Constituição erige a educação como um direito de todos e um dever do Estado - no sentido genérico (União, Estado, Distrito Federal e Município) -, sendo cabível, assim, a solidariedade dos três entes no polo passivo da demanda em que se busca a efetivação desse direito.

Em razão disso, cabe à autora a escolha de contra quem demandar, conclusão que não cede mesmo diante de toda a estrutura normativa apresentada pelos demais entes solidários, a considerar que se encontram em patamar inferior àquele em que decorre a legitimidade da pessoa jurídica de direito público em tela. Ou seja: a legitimidade decorre da própria Constituição Federal e não comporta limitação por legislação infraconstitucional.

Contudo, **no caso dos autos, é inviável imputar ao Estado o cumprimento da obrigação de fornecer um professor auxiliar para portador de encefalopatia não progressiva secundária e sequelas de meningite meningocócica. Isso porque a criança está matriculada na rede pública municipal de ensino, de modo que incumbe apenas ao Município diligenciar a contratação de um professor apto para exercer o encargo na sua esfera de competência.**

É que o Estado é legítimo e competente para contratar profissional habilitado para atuar na sua rede estadual de ensino, mas padece de prerrogativas para interferir na administração pública municipal, principalmente por se tratar de contratação de funcionário público.

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO. ECA. FORNECIMENTO DE VAGA ESCOLAR. SUPRIMENTO DE IDADE. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INOBSERVÂNCIA DA ILEGITIMIDADE DA PARTE RÉ. Caso em que a

sentença proferida condenou o Município ao fornecimento de vaga escolar em escola da rede pública Estadual. Considerado o redirecionamento da tutela judicial à escola da rede estadual, deveria ter sido emendada a petição inicial, para que fosse incluído o Estado no polo passivo, haja vista que o Município, em princípio, parece não ter competência ou legitimidade para fornecimento de vaga escolar em escola que não pertence à Administração municipal. Portanto, de rigor a desconstituição da sentença para que o Estado seja incluído no polo passivo, facultando-lhe o exercício do contraditório e ampla defesa, ficando preservada a decisão antecipatória de tutela que determinou o fornecimento de vaga em escola da rede estadual. DESCONSTITUÍDA A SENTENÇA DE OFÍCIO.” (AC n. 70065673626, rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 3.8.15);

Em sendo assim, alternativa não há senão reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado de Santa Catarina para contratação de professor auxiliar para atuar na rede pública municipal e, em consequência, extinguir o presente feito em relação ao Estado, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/15. (Agravo de Instrumento ns. 4012116-68.2016.8.24. 0000, de Joinville, Relator: Des. Francisco Oliveira Neto, j. 28.11.2017).

Pois bem. *In casu*, tanto quanto no precedente acima reportado, infere-se que a autora está matriculada em escola da rede municipal (fl. 15 da ação originária).

Assim, diviso plausibilidade na suscitação de ilegitimidade passiva, deduzida pelo Estado de Santa Catarina, porquanto descabe impor-lhe a obrigação de contratar professor especializado para auxiliar/prestar assistência a aluna que integra a rede do Município de Joinville.

Frente ao exposto, defiro o efeito suspensivo almejado, de modo a sobrestar os efeitos da decisão agravada no tocante ao Estado de Santa Catarina, ao menos até o julgamento do mérito recursal. (fls. 24 a 26)

Assim sendo, faz-se imperativo confirmar a fundamentação posta na decisão unipessoal antes transcrita.

Em adjunção, mostra-se também convincente reproduzir trecho da fundamentação deduzida pelo Ministério Público neste grau de jurisdição. *In verbis*:

[...] O recurso é adequado, tempestivo e dispensa preparo, conforme art. 1.007, §1º, do Código de Processo Civil (Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal), devendo, portanto, ser conhecido.

Colhe-se dos autos que o Município de Joinville e o Estado de Santa Catarina foram compelidos, de forma solidária, a contratar professor especializado para auxiliar a parte agravada, portadora de síndrome de down, em sala de aula.

O Estado alega que é parte ilegítima para responder à ação, tendo em vista que não tem competência para efetuar a contratação de professor para escola municipal.

Com razão.

Sabe-se que a educação, por se tratar de fenômeno imprescindível ao desenvolvimento de todo cidadão e constituir direito fundamental social, é encargo do Estado em todas as esferas da federação que, em regime de colaboração, devem organizar seus sistemas de ensino e, em sua plenitude, promover a satisfação da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Sobre este ponto, sobreleva destacar que nas questões afetas à criança e ao adolescente, os direitos fundamentais

devem ser tratados com prioridade absoluta, de forma que as políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente têm status de preferenciais.

Nesse viés, “é possível a implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais [...]” (STF. ARE 845392/RS. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/12/2014), sem que isso configure ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Todavia, observa-se que a omissão relatada - falta de professor especializado em sala de aula - ocorre em escola de responsabilidade do Município de Joinville, de modo que cabe ao ente municipal diligenciar a contratação de um professor apto para exercer o encargo na sua esfera de competência.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO ESPECIAL. ALUNO PORTADOR DE ENCEFALOPATIA NÃO PROGRESSIVA SECUNDÁRIA E SEQUELAS DE MENINGITE MENINGOCÓCICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ALEGADA OBRIGAÇÃO EXCLUSIVA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. CRIANÇA, TODAVIA, MATRICULADA NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. DEVER DE CONTRATAR FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE RECAI EXCLUSIVAMENTE AO ENTE MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DO ESTADO INTERFERIR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO AO ESTADO. APLICAÇÃO DO ART. 485, VI, DO CPC/15. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4012116-68.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 28-11-2017) - (grifou-se).

Deste modo, entende-se que deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do Estado de Santa Catarina para contratação de professor auxiliar para atuar na rede pública municipal e, em consequência, extinguir o presente feito em relação ao Estado, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/15.

Em razão do exposto, o Ministério Público manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso de agravo de instrumento, confirmando a decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 42 a 44 - destaquei).

Frente ao expendido, impõe-se dar provimento ao recurso para, reformando a decisão agravada, reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado de Santa Catarina para cumprir a obrigação imposta pela decisão agravada, e, em consequência, extinguir o feito em relação a ele, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Eis o voto.

Apelação Cível n. 0305789-85.2016.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto

ADMINISTRATIVO E URBANÍSTICO. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO.

PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. BENESSE DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. DESNECESSIDADE DE NOVO PEDIDO. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO QUE ATINGE TODOS OS GRAUS DE JURISDIÇÃO, ATÉ A DECISÃO FINAL. EXEGESE DO ART. 9º DA LEI N. 1.060/50. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. APELO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

Carece de interesse recursal a parte que requer providência já determinada pelo julgador singular, o que inviabiliza o conhecimento do recurso neste ponto.

CONSTRUÇÃO CLANDESTINA LOCALIZADA EM ÁREA DE ALARGAMENTO DA RUA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ATESTANDO A POSSIBILIDADE DE SUA REGULARIDADE. ATO LEGAL PRATICADO PELO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO QUE DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA PARA A QUAL NÃO SE PRESTA A PRESENTE AÇÃO MANDAMENTAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.

“Com efeito, o acolhimento da pretensão mandamental veiculada somente seria viável caso a recorrente demonstrasse que a construção do muro, ainda que sem alvará, respeitou a legislação urbanística, mormente a distância do eixo da via, considerando também o espaço reservado para o passeio.” (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.061149-7, de Pomerode, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 14.7.15).

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E NESTA, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305789-85.2016.8.24.0038, da comarca de Joinville 2ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Olga Antonia de Souza e Apelado Município de Joinville e outro.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso, e nesta, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz e Desembargador João Henrique Blasi.

Florianópolis, 07 de agosto de 2018.

Desembargador Francisco Oliveira Neto

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Olga Antonia de Souza contra a sentença prolatada

pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Joinville que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo Secretário Municipal da Secretaria Municipal do Meio Ambiente, denegou a segurança, nos seguintes termos: *“No caso, apesar de alegar que teve tolhido direito seu em razão de ato praticado pela autoridade impetrada, a impetrante não comprovou, indene de dúvida, que a edificação aludida por ela seja passível de regularização administrativa. A autoridade impetrada nega essa possibilidade afirmando, calcada em documentos públicos, que o constructo foi erguido em área reservada para o alargamento de via pública. E, sendo impossível a dilação probatória no mandado de segurança, a pretensão inaugural deve ser rechaçada porque indemonstrado o direito líquido e certo”* (fls. 73/74)

Em suas razões recursais, sustentou a apelante que *“O direito líquido e certo está estampado no caso e documentos juntados, ou seja, a apelante é proprietária do imóvel desde 1980 e está em dia com todas as suas obrigações, desejando apenas ver sua obra legalizada perante os órgãos competentes”*. Além disso, aduziu que *“a apelante apresentou todas as provas necessárias, inclusive juntou toda a documentação necessária para comprovação da construção da obra em 1980, bem como do indeferimento pela SEMA”*. Ainda, defendeu que a construção encontra-se acabada há mais de 38 anos, necessitando apenas de regularização. Ao final, requereu a concessão do benefício da justiça gratuita e a reforma da sentença (fls. 82/86).

Contrarrazões às fls. 90/92.

Com vistas à Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Gladys Afonso lavrou parecer, opinando pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 101/106).

Em sequência, os autos foram remetidos à esta Corte.

VOTO

1. O voto, antecipe-se, é no sentido de conhecer em parte o recurso, e nesta, negar-lhe provimento.

2. De início, antes de adentrar no exame do recurso, convém registrar que não é o caso de reexame necessário, haja vista que a sentença não foi proferida em desfavor da Fazenda Pública, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses previstas no art. 496 do Novo Código de Processo Civil.

3. Impende salientar que carece de interesse recursal a parte do recurso da impetrante em que pretendeu a concessão do benefício da justiça gratuita, uma vez que tal benesse já foi deferida à fls. 31/32.

Ademais, de acordo com o art. 9º da Lei n. 1.060/50, *“os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”*, de modo que, uma vez concedido, não há necessidade de ratificação.

Dessa forma, a autora carece de interesse recursal nesse ponto.

4. No que tange à **concessão da ordem de segurança**, estabelece o artigo 1º da Lei n. 12.016/2009 que: *“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física*

ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Portanto, não há dúvida que, para a concessão da segurança, necessária a comprovação da existência de direito líquido e certo a ser protegido.

No caso em apreço, a controvérsia cinge-se à ilegalidade, ou não, da negativa do Município em expedir o alvará de construção ao imóvel da impetrante localizado na Rua Iririú n. 591, Bairro Saguacu, Joniville/SC.

Pois bem.

Ao analisar os autos, é facilmente perceptível que não há nenhuma irregularidade no ato municipal que negou o pedido de expedição de alvará de construção.

Isto porque a negativa do ente público em conceder alvará de construção ao imóvel da impetrante se deu única e exclusivamente em razão da edificação atingir área destinada ao alargamento da rua, que está expressamente prevista no Plano Diretor de Joinville (Lei Municipal 1.262/73 alterada pela LC n. 61/98), não sendo, portanto, passível de regularização.

Muito embora a impetrante tenha demonstrado que possui “Habite-se”, “Autorização para montar toldo”, “Aprovação de Projeto de Prevenção Contra Incêndio” e “RRT – Registro de Responsabilidade Técnica”, tais documentos não afastam a irregularidade da construção.

Além disso, o fato de outros vizinhos também ocuparem a área destinada ao alargamento da rua não justifica a irregularidade da obra. Aliás, *“A existência de outras obras clandestinas em situação semelhante à embargada não é argumento idôneo para justificar e/ou tolerar a irregularidade da construção, sobretudo porque os abusos e as violações da lei devem ser coibidos, nunca imitados - non exemplis sed legibus est judicandum. Além de configurar manifesto ilícito administrativo, há flagrante desrespeito aos interesses de toda a coletividade.”* (AC n. 2004.014781-3, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. 22.02.2005).” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.043505-6, de São Bento do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 19-07-2011).

E mais, ressalte-se que a impetrante não comprovou a possibilidade de regularização da obra, ônus que lhe incumbia. Por outro lado, a autoridade coatora negou tal possibilidade, o que só enfatiza a inexistência de ato coator.

A concessão de ordem em mandado de segurança pressupõe a demonstração inequívoca do direito invocado, já que nesta modalidade, não se permite a dilação probatória.

Direito líquido e certo, na lição de Hely Lopes Meirelles, *“é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante”* (Mandado de Segurança, ação Popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data’. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 11 - grifou-se).

Dessa feita, “*Para que a impetrante obtenha a segurança pleiteada não basta que alegue violação de seu direito líquido certo. É preciso que desde logo apresente prova documental pré-constituída desse direito, sob pena de não poder usufruir da via mandamental sumaríssima, na qual não se admite dilação probatória.* (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.003101-9, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 30.04.2012). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.056573-3, de Blumenau, de minha relatoria, j. 27.02.2014)” (TJSC, ACMS n. 2012.092443-9, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 6.10.15).

Logo, incumbia à impetrante a prova hábil de que era possível a regularização da edificação, até porque, segundo decidiu o STJ, “*O mandado de segurança é remédio constitucionalmente posto à disposição da proteção a direito líquido e certo do impetrante, que uma vez malferido, possa ter esta ofensa comprovada através de prova pré-constituída, vez que, por sua natural estreiteza, não se apresenta referida via como adequada para a dilação probatória*” [STJ], MS n. 12.273/DF, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (De-sem bargadora Convocada do TJ/PE), Terceira Seção, j. 12.6.13].

Portanto, não figura ilegal o ato praticado pelo Município, considerando que o imóvel está edificado em área destinada para alargamento da rua previsto no Plano Diretor do Município e inexistente prova nos autos da viabilidade de regularização da situação em que se encontra o imóvel.

Neste sentido, decidiu este Tribunal que, “*Com efeito, o acolhimento da pretensão mandamental veiculada somente seria viável caso a recorrente demonstrasse que a construção do muro, ainda que sem alvará, respeitou a legislação urbanística, mormente a distância do eixo da via, considerando também o espaço reservado para o passeio. Entretanto, sequer foi juntado o projeto do muro e sua confrontação com os ditames das normas edilícias locais, de forma que não se verifica qualquer vício na autuação lavrada pela autoridade municipal. Assim, prevalece a presunção de validade do ato administrativo, que aponta a irregularidade do muro por desalinhamento, interferindo com a via pública, bem de uso comum do povo, de caráter indisponível, em consonância com os preceitos dos artigos 99, I, e 100 do Código Civil*”. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.061149-7, de Pomerode, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 14.7.15).

Por fim, é importante frisar que, apesar da alegação de que o alargamento da rua está previsto em Lei há mais de 42 anos e nunca foi realizado, tal fato não afasta a ilicitude e a clandestinidade das obras realizadas, nem torna justificável a pretensão de ter regularizada a situação do imóvel. Conforme acertadamente asseverado pelo Promotor de Justiça, “*o Município, no exercício de seu poder discricionário, possui liberdade de ação administrativa, podendo optar por uma dentre várias soluções possíveis para cada caso concreto, segundo os critérios da conveniência e oportunidade, dentro dos limites permitidos em lei. Denota-se, com isso, que o ato de não optar pelo alargamento da via até o momento, independentemente do tempo que tenha transcorrido, não fere direito da Impetrante ou a autoriza o descumprimento da lei*”. (fl. 72).

Portanto, diante de tais fatos, a medida que se impõe é a manutenção da sentença e o desprovimento do recurso.

5. Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte do recurso, e nesta negar-lhe provimento.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0900013-71.2016.8.24.0065, de São José do Cedro

Relator: Desembargador Jaime Ramos

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO. CONVÊNIO COM O ESTADO DE SANTA CATARINA. REPASSE DE VERBA NÃO ADIMPLIDO PELO ENTE PÚBLICO. PREJUÍZO AO FUNCIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI. DEMANDA QUE VISA A PRESERVAÇÃO DA UNIDADE ASSISTENCIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA DIANTE DA TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. SENTENÇA QUE CONDENOU O ESTADO AO PAGAMENTO DOS VALORES OBJETOS DO CONVÊNIO. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA PARA SALVAGUARDAR OS INTERESSES DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO. SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DIÁRIA POR SEQUESTRO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSC. AC 0900058.62.2016.8.24.0037. Relator: Des. Ronei Danielli, julgado em: 06.03.2018).

Os artigos 127, 129, inciso II, ambos da Constituição Federal, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei Federal n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, conferem legitimidade ao Ministério Público para atuar na defesa da tutela dos direitos e garantias dos adolescentes em conflito com a lei, por meio do atendimento sócioeducativo adequado, cuja prestação deve ser realizada pelo Estado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900013-71.2016.8.24.0065, da comarca de São José do Cedro Vara Única em que é Apelante o Estado de Santa Catarina e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos (Presidente), Ronei Danielli e Ricardo Roesler.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018.

Desembargador Jaime Ramos

Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de São José do Cedro/SC, o Ministério Público de Estado de Santa Catarina ajuizou “ação civil pública com pedido de antecipação dos efeitos da tutela ou o bloqueio de valores”, contra o Estado de Santa Catarina, objetivando a condenação do demandado a repassar ao Centro de

Atendimento Sócioeducativo Provisório – CASEP, de São José dos Cedros/SC, os valores necessários para a prestação de seus serviços.

Sustenta que o Sistema Sócioeducativo Estadual é um dos que possuem a estrutura mais precária; que, além da falta de vagas, o Estado não vem repassando as verbas referentes ao custeio da estrutura; que o ente público não repassou as verbas nos meses de abril e maio à Associação Betânia, entidade responsável pela Administração do CASEP de São José do Cedro/SC; que, além de os trabalhadores estarem há 60 (sessenta) dias sem perceber suas remunerações e os fornecedores não receberam os pagamentos de produtos entregues, estão atrasadas as contas de água, luz e telefone; que compete ao Estado conferir absoluta prioridade aos interesses das crianças e adolescentes, devendo disponibilizar os recursos suficientes para tal; que deve ocorrer o bloqueio de recursos públicos, no valor de R\$ 165.978,44 (cento e sessenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos), para garantir a continuidade do Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório do município de São José do Cedro; que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Por fim, requereu a concessão da tutela de urgência, que deverá ser confirmada ao final, para determinar que o Estado de Santa Catarina repasse, no prazo de 24 horas, recursos no importe de R\$ 165.978,44 (cento e sessenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos), referente aos meses de abril e maio de 2016, sob pena de bloqueio judicial do valor devido. Requereu, ao final, o reconhecimento da obrigação do Estado de efetuar os repasses derivados do convênio n. 2015 TR 367 e termo aditivo 2016 regularmente, bem como dos futuros convênios realizados com a entidade Associação Betânia, que tenham como fim a execução do serviço público prestado pelo CASEP de São José do Cedro/SC.

Foi deferida parcialmente a tutela antecipada de urgência, para que o réu repasse, no prazo de 5 (cinco) dias, o valor de R\$ 82.989,22 (oitenta e dois mil, novecentos e oitenta e nove reais e vinte e dois centavos), referente ao mês de maio de 2016, sob pena de sequestro.

Em seguida, o Ministério Público requereu que também sejam repassados os valores correspondentes ao meses de junho e julho de 2016, no montante de R\$ 165.978,44 (cento e sessenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos), sob pena de bloqueio judicial, o que foi deferido.

Na mesma linha, depois requereu o repasse dos valores dos meses de agosto e setembro, sob pena de bloqueio de valores, o que também foi deferido

Citado, o Estado de Santa Catarina apresentou contestação aduzindo, preliminarmente, ausência de interesse processual, frente à perda do objeto, ao argumento de que o pedido formulado na petição inicial já restou devidamente concretizado; e a ilegitimidade ativa do Ministério Público, pois este não pode atuar “como substituto processual de associação específica para fins de cobrança de valores supostamente devidos a esta”. No mérito, sustentou que é ilegítimo o uso do instituto do bloqueio/sequestro em ações contra a Fazenda Pública; que a antecipação de valores destinados ao custeio do CASEP não está prevista na Constituição Federal de 1988, nem em legislação infraconstitucional e, muito menos, no convênio firmado com a Associação; que houve ofensa ao princípio da isonomia, legalidade, segurança jurídica e da separação dos poderes; que a Associação também incorreu em

culpa no atraso dos repasses, haja vista que houve demora na prestação de contas. Ao final, requereu o acolhimento das preliminares e, no mérito, a improcedência da demanda.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz de Direito, Sr. Dr. Marcus Vinicius Von Bittencourt, assim expôs na parte dispositiva:

Assim, ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos, com resolução do mérito, para condenar o réu ao repasse dos valores dos meses de abril e maio de 2016, em favor da Associação Betânia, ONG que administra o CASEP de São José do Cedro, convencionados, forte no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Não há condenação em honorários advocatícios.

O réu é isento das custas processuais.

Dispensado do reexame necessário, por força do artigo 496, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o valor da condenação não ultrapassa 500 (quinhentos) salários mínimos.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se.

Cumpra-se.

Irresignado, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação reeditando os argumentos narrados na peça defensiva e requereu a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Após as contrarrazões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Rogê Macedo Neves, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O recurso manejado pelo Estado de Santa Catarina não comporta provimento.

Da preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público

De igual modo, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público arguida pelo Estado de Santa Catarina.

O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal não explicitou a legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais indisponíveis, quando o autorizou a “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Contudo, o art. 127 da CF/88 é claro ao dizer que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, as disposições do artigos 127 e 129 da CF/88 se compatibilizam, uma vez que as normas constitucionais devem ser aplicadas da maneira que se lhes atribua a maior efetividade possível e em concordância prática entre elas, ou seja, uma não deve suprimir a outra.

Destarte, cabe ao Ministério Público a tutela dos direitos individuais indisponíveis, pois passaram a integrar, implicitamente, o rol do art. 129 da Constituição Federal.

É certo que a Lei n. 7.347/85, que regula o procedimento da Ação Civil Pública também nada menciona sobre essa atribuição, “in verbis”:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

“I - ao meio-ambiente;

“II - ao consumidor;“

“III – à ordem urbanística;

“IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

“V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

“VI - por infração da ordem econômica.”

Porém, a Lei Orgânica do Ministério Público, Lei n. 8.625/93, portanto mais recente que o diploma supra referido, encontra-se em perfeita sintonia com a ordem constitucional que recepcionou a Lei da Ação Civil Pública, ao consagrar que:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

“[...]”

“IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

“a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;”

Desta feita, a Lei n. 7.347/85 também foi implicitamente complementada pela Lei Orgânica do Ministério Público, que alargou a legitimidade para o Órgão Ministerial deflagrar a Ação Civil Pública.

Nesse mesmo norte, outras leis já foram editadas preconizando essa nova legitimidade conferida ao Ministério Público, como por exemplo as Leis n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 01, incisos V e VIII, 208, V e VII e 210, I:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

“(…)”

“V – **promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos**

ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

“(…)

“VIII – **zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;**

“(…)

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

“V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

“(…)

“VII – de acesso às ações e serviços de saúde;

“(…)

“Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

“I – o Ministério Público;”

Por sua vez, o Estatuto do Idoso, nos arts. 43, 73, 74, III, 81 e 82:

“Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III – em razão de sua condição pessoal”.

“Art. 73. As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica.”

“Art. 74. Compete ao Ministério Público: (...) III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei (...)”.

“Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

“I – o Ministério Público;

“[...]

“Art. 82. Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes.”

Portanto, a Lei sinaliza de forma muito evidente que o Ministério Público é legitimado na defesa de interesses individuais indisponíveis, ainda mais quando os beneficiários são crianças, adolescentes, idosos, pessoas carentes sendo nesse sentido, inclusive, o entendimento desta Corte Estadual.

Mas é importante salientar que com a presente ação o Ministério Público não está buscando a proteção de direito individual, seja disponível ou indisponível, e sim a proteção de direitos e interesses coletivos e difusos relacionados com o atendimento de adolescentes em conflito com a lei, que se encontram provisoriamente acolhidos no CASEP de São José do Cedro.

E, como se viu, tanto a Constituição, como a Lei Orgânica do Ministério Público, como também a Lei da Ação Civil Pública, e, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, atribuem ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Na espécie, como bem ressaltou o nobre Procurador de Justiça, Dr. Rogê Macedo Neves, “é evidente que a ação civil pública aforada na Comarca de São José do Cedro não almeja beneficiar a organização não governamental que administra o CASEP, mas tem por escopo, isto sim, garantir o funcionamento ininterrupto do referido Centro de Atendimento, obrigando o Estado de Santa Catarina a cumprir o seu dever de manter estabelecimento próprio para a internação provisória de adolescentes que praticaram ato infracional e, por corolário, tutelar os interesses desses adolescentes e da própria sociedade, não se cuidando, assim, de questão meramente patrimonial. O regular repasse de valores à entidade responsável pela administração do CASEP de São José do Cedro constitui-se, tão somente, o meio necessário para efetivar a referida política pública e para garantir que os direitos dos adolescentes internados provisoriamente sejam respeitados, mediante o adequado funcionamento da instituição que os acolhe (arts. 4º, alínea ‘c’ e 124, do Estatuto da Criança e do Adolescente e arts. 4º e 49 da Lei nº 12.594/2012), sendo função institucional do Ministério Público atuar na consecução de tais interesses, inclusive mediante a propositura de ação civil pública, nos termos dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, do art. 25, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dos arts. 201 e 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e dos arts. 1º, 3º e 5º da Lei nº 7.347/1985” (fl. 295).

Nesse sentido, esta Corte de Justiça já se manifestou:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO PROVISÓRIO (CASEP DE XANXERÊ). ATRASO NO REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS À ASSOCIAÇÃO QUE ADMINISTRA A ENTIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE ORDENOU O SEQUESTRO DOS VALORES ATRASADOS. INSURGÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUANTO À ILEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET E À INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. (TJSC. Apelação / Reexame Necessário n. 0900089-50.2016.8.24.0080, de Xanxerê Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz).

(...)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO. CONVÊNIO COM O ESTADO DE SANTA CATARINA. REPASSE DE VERBA NÃO ADIMPLIDO PELO ENTE PÚBLICO. PREJUÍZO AO FUNCIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI. DEMANDA QUE VISA A PRESERVAÇÃO DA UNIDADE ASSISTENCIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA DIANTE DA TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. SENTENÇA QUE CONDENOU O ESTADO AO PAGAMENTO DOS VALORES OBJETOS DO CONVÊNIO. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA PARA SALVAGUARDAR OS INTERESSES DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO. SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DIÁRIA POR SEQUESTRO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC. AC n. 0900058-62.2016.8.24.0037, de Joaçaba. Relator Desembargador Ronei Danielli).

Desse modo, o Ministério Público pode utilizar-se da Ação Civil Pública para a defesa de direitos

e interesses difusos e coletivos, bem como os individuais indisponíveis, desde que estes estejam vinculados à tutela de algum interesse transcendental de toda a sociedade, sendo no caso dos autos a tutela de direitos e garantias de adolescentes, mediante o atendimento socioeducativo adequado.

Rejeitam-se, pois, as preliminares aventadas.

Da preliminar de ausência de interesse de agir ante a perda do objeto

Sem razão o Estado de Santa Catarina quando sustenta a ausência de interesse processual em razão da perda superveniente do objeto da demanda

Isso porque a demanda não se resume ao repasse da verba devida pelo Estado de Santa Catarina ao CASEP nos meses de abril e maio de 2016.

Apanha-se da inicial que o Ministério Público, após requerer a concessão de tutela de urgência “para intimar o réu para repassar, no prazo de 24 horas, recursos do Estado de Santa Catarina no montante de 165.978,44 (cento e sessenta e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e quarenta e quatro centavos) referente aos meses de abril e maio de 2016, de acordo com o previsto no convênio firmado entre a entidade Associação Betânia e o requerido, sob pena de bloqueio judicial destes valores (artigo 497, e artigo 300, ambos do novo Código de Processo Civil) e pagamento da entidade”, requereu a procedência dos pedidos formulados na inicial com a condenação do Estado na obrigação de pagar o que foi requerido em liminar, e na obrigação de fazer, no sentido de que o Estado efetue regularmente todos os repasses derivados do convênio n. 2015 TR 3676, e termo aditivo 2016, assim como dos futuros convênios celebrados com a entidade Associação Betânia voltados à execução do serviço público prestado pelo Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório – CASEP de São José do Cedro.

Como se vê, embora os repasses das verbas relativas aos meses de abril e maio de 2016 tenham sido efetuados, ainda remanesce o interesse do acionante vez que, além das verbas pleiteadas em medida de urgência (meses abril e maio 2016), a ação objetiva a garantia da continuidade do serviço prestado pelo Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório – CASEP de São José do Cedro, nos termos do convênio de n. 2015 TR 367 e seus aditivos, firmados com a Associação Betânia.

Desta forma, afasta-se a ocorrência da perda superveniente do objeto da presente ação.

Mérito

Trata-se de recurso de apelação e reexame necessário da sentença que julgou procedente o pedido na “Ação Civil Pública”, proposta pelo Ministério Público, para determinar que o Estado de Santa Catarina repasse as verbas relativas ao convênio de n. 2015 TR 3676, e termo aditivo de 2016, assim como dos futuros convênios celebrados ou que vier a realizar com a entidade Associação Betânia voltados à execução do serviço público prestado pelo Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório – CASEP de São José do Cedro.

Pois bem!

Em situação idêntica à destes autos, em decisão proferida na Apelação Cível de n. 0900058-

62.2016.8.24.0037, relatada pelo eminente Desembargador Ronei Danielli, este Órgão Fracionário assentou não só a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação civil pública em que objetiva o repasse de verbas à entidade privada prestadora de serviço que firmou por convênio com o Estado, como também a obrigação deste último ao repasse dos valores necessários para a continuidade da prestação do serviço de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei com os recursos necessários.

Assim, a fim de evitar a desnecessária tautologia, rogando vênias ao nobre Desembargador mencionado, passa-se a transcrever os fundamentos de sua decisão, adotando-os como razões de aqui decidir, “ad litteram”:

De início, vale tecer que o processo coletivo comum é constituído de diferentes espécies de ações coletivas, sendo que, em todas elas, se busca a tutela concreta de um direito material protegido pelo microsistema coletivo, seja em razão de sua violação ou de uma ameaça de violação. Dentre as diferentes espécies de ação, está a ação civil pública (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único – 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 75).

Nessa seara, a ação civil pública tem previsão constitucional (art. 129, III) e legal (Lei n. 7.347/1985) sendo que, o art. 1º do referido diploma preceitua as espécies de direitos que podem ser tutelados neste tipo de demanda.

Nesse viés, extrai-se a Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

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

E da Lei do SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (12.594/2012):

Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

I - ser acompanhado por seus pais ou responsável e por seu defensor, em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial;

II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência;

III - ser respeitado em sua personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião e em todos os direitos não expressamente limitados na sentença;

IV - peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias;

V - ser informado, inclusive por escrito, das normas de organização e funcionamento do programa de atendimento e também das previsões de natureza disciplinar;

VI - receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação;

VII - receber assistência integral à sua saúde, conforme o disposto no art. 60 desta Lei; e

VIII - ter atendimento garantido em creche e pré-escola aos filhos de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.

Dos dispositivos supra transcritos, resta evidente que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional tencionam efetuar a proteção de crianças e adolescentes, inclusive aqueles a quem se atribui a prática de ato infracional.

Dentre as formas de proteção e, especialmente, de reinserção de adolescentes infratores, a manutenção de centro de atendimento adequado, com condições de higiene, alimentação, dentre outras essencialidades, é medida necessária a fim de serem protegidos os direitos mais básicos constitucionalmente assegurados.

Nessa toada, o descumprimento por parte do Estado de convênio que tem por objeto prestar atendimento a adolescentes em conflito com a lei é suficiente para que o ente estatal seja acionado a fim de garantir a execução dos mandamentos constitucionais e legais, não havendo falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

É que, “não obstante o princípio da separação dos poderes, consagrado expressamente no texto constitucional brasileiro, é de ser ressaltado que o Poder Judiciário, quando se deparar com lesão ou ameaça a direito, está autorizado a intervir nos demais Poderes para suprir a ilegalidade, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, notadamente quando se tratar de violação a direito fundamental” (Reexame Necessário n. 0303565-15.2016.8.24.0091, da Capital, Segunda Câmara de Direito Público, Relator Des. Cid Goulart, Julgado em 30.10.2017).

Outrossim, conforme já consignado alhures, a Constituição e a legislação infraconstitucional garantem aos os adolescentes e crianças uma ampla série de direitos fundamentais, além daqueles que abrangem os indivíduos em geral, em razão da sua peculiar situação de desenvolvimento (art. 6º do ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 18-A, veda qualquer tratamento degradante ao adolescente pelos agente públicos executores de medidas socioeducativas.

Assim, ao contrário do que alega o Estado de Santa Catarina, inexistente discricionariedade no que diz respeito à concretização de direitos constitucionalmente assegurados. Registre-se, de mais a mais, que a pretensão versa acerca do mínimo existencial (dignidade), de modo que a reserva do possível, entendida a cláusula como limite orçamentário ou, ainda, como o que pode legitimamente o indivíduo esperar do Estado, não merece sopesamento.

Aliás, conforme bem mencionado pela Procuradoria de Justiça, “a manutenção e conservação do CASEP provê abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco, constituindo efetiva prioridade social, sendo obrigação do Estado assistir aos menores em estado de abandono ou risco, não podendo prescindir dessa estrutura invocando os rasos fundamentos expostos em seu apelo, especialmente a limitação orçamentária. Desta forma, compete ao réu dotar-se dos meios necessários ao atendimento dos menores, não havendo qualquer razão para alegar indisponibilidade de gerar despesas” (fl. 228).

Em situações análogas esta Corte Estadual se pronunciou nos seguintes termos:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO PROVISÓRIO (CASEP DE XANXERÊ). ATRASO NO REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS À ASSOCIAÇÃO QUE ADMINISTRA A ENTIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE ORDENOU O SEQUESTRO DOS VALORES ATRASADOS. INSURGÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUANTO À ILEGITIMIDADE ATIVA DO

PARQUET E À INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO QUANTO AO REGULAR FUNCIONAMENTO DO CASEP E AO CUMPRIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS AOS ADOLESCENTES QUE CUMPREM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO QUE NÃO SE SUBMETEM À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO RESPEITADOS. SENTENÇA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

“O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes”, ressaltando, ainda, que “a análise da excepcionalidade da situação em concreto, a ensejar a intervenção, ou não, do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas cabe ao Tribunal *a quo*, e não ao Supremo Tribunal Federal.” (EDRE n. 700.227/SC, Relatora Ministra Cármen Lúcia j. 23/4/2013). (TJSC. AC/ RN n. 0900089-50.2016.8.24.0080, de Xanxerê. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz).

(...)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REFORMA E ADEQUAÇÃO DO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DE ADOLESCENTES DE LAGES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AVENTADA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS AOS ADOLESCENTES QUE CUMPREM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVEM SER ATENDIDOS DE FORMA INTEGRAL E PRIORITÁRIA. EFETIVAÇÃO QUE NÃO SE SUBMETEM À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Este Tribunal de Justiça já manifestou-se que “Não vulnera o princípio da Separação dos Poderes a decisão judicial que ordena obrigação de fazer à Fazenda Pública, no intuito de corrigir omissão inconstitucional do Poder Público em desfavor do postulado da dignidade da pessoa humana, visando assegurar à população a observância de condições sanitárias mínimas oferecidas na rede pública de saúde. Função precípua do Poder Judiciário.” (AI n. 2011.006909-1, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 7/6/2011). [...] (TJSC, Apelação n. 0006818-51.2013.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 12/4/2016).

O Estado ainda sustenta que houve inadimplemento contratual por parte da Associação Betânia pela ausência de prestação de contas.

Contudo, a mera alegação, destituída de provas robustas, de que a Associação se encontra em mora em relação ao Estado, não pode servir de fundamento para justificar o atraso nos repasses dos valores, vez que ao ente público compete provar a existência de fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme dispõe o art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil, ‘*verbis*’:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como se denota da norma processual acima, o ônus da prova é distribuído entre autor e réu. Ao primeiro cabe apresentar prova constitutiva do direito alegado e ao segundo incube o dever de demonstrar algum fato que impeça, modifique ou extinga o direito da parte autora.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, acerca do ônus da prova, ensinam:

Ônus de provar. A palavra vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. **O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa.** A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte. (Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015. 1. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; p. 994).

E, ainda sobre o ponto, FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA lecionam:

Ônus é encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

Ônus da prova é, pois, **o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato.** Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.

A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada *dinâmica*, porque feita à luz de uma situação concreta.

(...)

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções).

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo (ônus formal, segundo Barbosa Moreira) ou função subjetiva das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato” (CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52).

O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da Prova”. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75).

Sucedem que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado o *non liquet*. É aí que entra a segunda perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma regra de julgamento), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em ônus objetivo (ou material, segundo Barbosa Moreira).

“A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as

consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus *objetivo* ou *material*)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da Prova”. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75). (Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2; p. 110-111).

Registra-se, desse apanhado, que o ônus probatório se traduz num encargo ou um imperativo cuja desobediência coloca em risco os interesses da parte, cabendo a ela assegurar ao Juiz a veracidade de suas alegações, sob pena de absorver todas as consequências do revés que decorrerá da inexistência dos substratos probantes imprescindíveis para a positivação do direito vindicado.

Na espécie, diversamente do que defende a parte apelante, restou devidamente demonstrado nos autos que a Associação Betânia cumpriu com sua obrigação de prestar de contas conforme se infere dos documentos de fls 232/241, sendo, inclusive, endossado pelo representante do Ministério Público em primeiro grau.

Dessa forma, com esses fundamentos baseados na jurisprudência desta Corte de Justiça, não há como dar guarida ao recurso do Estado de Santa Catarina.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 0303353-76.2017.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE VAGA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO INFANTIL MUNICIPAL, PRÓXIMA DA RESIDÊNCIA DAS CRIANÇAS OU DE TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO. INICIAL HIALINA QUANTO AO RECONHECIMENTO DA EFETIVA OFERTA DO SERVIÇO, MAS EM LOCAL DISTANTE, O QUE INVIABILIZA A SUA UTILIZAÇÃO. EQUÍVOCO NA EXTINÇÃO PELA SUPERVENIENTE PERDA DO OBJETO. IMEDIATO EXAME DO MÉRITO. EXEGESE DO ART. 1.013, § 3º, INC. I, DO CPC. POSSÍVEL ANÁLISE POR PESQUISA ABERTA, DA DISTÂNCIA DOS ESTABELECIMENTOS À RESIDÊNCIA DAS INFANTES. PROCEDÊNCIA DO PLEITO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303353-76.2017.8.24.0020, da comarca de Criciúma Vara da Infância e da Juventude e Anexos em que é Apelante D. P. e do E. de S. C. e Apelado M. de C.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente com voto) e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018.

Desembargador Ricardo Roesler

Relator

RELATÓRIO

Trato de apelação interposta pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina contra sentença que extinguiu o feito diante da superveniente perda do interesse processual, nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC, em ação de obrigação interposta em desfavor do Município de Criciúma, em que pleiteou a concessão de vaga em estabelecimento de ensino infantil da rede pública municipal, com a sua condenação, em favor da municipalidade, de honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (pp. 52-53).

Insatisfeita, a autora interpôs recurso de apelação, oportunidade em que apresentou documentação com intuito de ver reformada a sentença, com a procedência dos pedidos. Em caso de manutenção, postulou a exclusão da verba honorária (pp. 60-65). Contrarrazões às pp. 76-83.

Por meio da decisão de pp. 90-941, o magistrado singular manteve a sentença objurgada, deixando de exercer juízo de retratação.

Em segundo grau, o órgão ministerial opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, com a procedência dos pedidos (pp. 105-110). Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

É o relatório.

VOTO

Em síntese, quando do ajuizamento da demanda, a apelante narrou a situação vivenciada pela família a qual pertencem as infantes, para quem pretende a obtenção de vagas em creche da rede pública municipal. Destacou, ao contrário do que ordinariamente vislumbra-se nesses casos, que o Município ofereceu matrícula, contudo, em estabelecimentos distantes da residência daquelas. Daí, postulou a prestação do serviço em local mais próximo ou a oferta de transporte público gratuito.

A informação é posta de maneira clara na peça inaugural, conforme relato de páginas 1 e 8, cuja transcrição, para boa compreensão, segue:

Foi tentada extrajudicialmente a obtenção de vaga pelo Conselho Tutelar junto à Secretaria de Educação do Município de Criciúma próximo à residência da tia paterna (preferencialmente a Creche Bairro da Juventude), porém só lhe foram ofertadas vagas em creches distantes, impossibilitando à tia levar as crianças.

[...]

No caso, não foi permitido o acesso da autora em instituição situada nas imediações de sua residência sob o argumento de ausência de vagas, o que não se pode tolerar, mormente por ser evidente a responsabilidade da municipalidade em fornecer a integral assistência na educação infantil.

Desta forma, por restar demonstrado que é direito das crianças a matrícula em creche, requer a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina a condenação do Município de Criciúma para que seja determinada a imediata matrícula da requerente em um dos CEI da rede pública municipal próximo da sua residência (Creche Bairro da Juventude).

Caso Vossa Excelência entenda não ser caso de determinação de matrícula especificamente nas entidades nas imediações da sua residência, pugna a parte autora para que tal providência seja determinada para outra instituição de ensino. [SIC] (grifei)

Resta claro, pois, que a pretensão deduzida não diz respeito, simplesmente, a concessão de vaga em creche da rede pública, o que foi reconhecido de forma expressa na narrativa inicial. Em verdade, postula a oferta em local próximo à sua residência, para que possa, de maneira efetiva, usufruir de seu direito; alternativamente, requer transporte público.

De fato, nenhum documento foi apresentado quando da propositura da ação, seja para comprovar a negativa de assim proceder, por parte da municipalidade, ou mesmo para demonstrar o distanciamento do estabelecimento em que oferecida a vaga e a sua residência.

Destarte, o magistrado indeferiu o pedido de tutela antecipada. Talvez fosse o caso, naquele momento, de impor à parte autora a emenda da inicial, com a apresentação da documentação pertinente, a fim de fazer prova do alegado, exegese do art. 321 do Código de Processo Civil, o que, no entanto, não foi observado.

Nesse particular, ainda que ao juiz seja permitido requisitar certidões às repartições públicas (art. 438, inc. I, do CPC), como sugerido pela apelante, a fim de justificar sua desídia, assim o pode proceder quando a parte requerer e demonstrar a impossibilidade de obtenção pessoalmente, o que não ocorreu no caso em apreço.

De todo modo, e em virtude do plausível anseio em solucionar a problemática apresentada, o feito teve prosseguimento, com a citação da municipalidade para apresentação de contestação, oportunidade em que deixou de rebater os fatos apresentados, de maneira específica. A peça defensiva limitou-se em apresentar comprovante de oferta de vaga em creche da rede pública (pp. 33-34), corroborando com a versão apresentada na inicial, questionando o mérito da demanda, sem particularizá-la.

Penso, nesse trilhar, que os fatos descritos na inicial restaram incontroversos, nos termos do art. 374, inc. III, do CPC. Portanto, até o momento da sentença, o esboço dos autos dava conta da efetiva disponibilização de vagas às infantes em nome de quem a Defensoria Pública peticionou, sem, contudo, atender às necessidades daquelas.

Com o apelo, então, foi apresentada nova documentação, que indica, mais uma vez, a efetiva oferta de vaga em creche da rede pública municipal, reforçando, em razões recursais, que estas estão localizadas muito distantes de sua residência.

Veja-se, a esse respeito, que o CPC permite às partes a apresentação de novos documentos, para fazer prova de fatos ocorridos depois de articulados, nos moldes do seu art. 435. Na hipótese, ainda que se cogite da novidade em razão do recente recebimento do ofício de pp. 67-68, não se pode ignorar que sua confecção data de 10 de abril de 2017, ou seja, poucos dias após o manejo da ação. Ora, quando da réplica (pp. 40-46), a juntada era plenamente possível.

Mais uma vez, ao proceder de maneira puramente técnica, a rejeição da juntada seria medida impositiva. Porém, considerando o bem de vida em jogo, além da peculiar situação dos infantes cujos interesses via proteção a Defensoria Pública Estadual, os contornos devem ser amoldados à privilegiar a análise de mérito, conforme premissas constantes dos arts. 4º e 6º do estatuto processual.

Assim, latente que a sentença foi proferida com equívoco de premissa; extinguiu o feito baseada em informação que já existia nos autos, desde o ajuizamento, em que não era negado o fornecimento de vagas às infantes. Ignorou, no entanto, a localização destas e a possível inexistência de transporte público gratuito, que possibilitasse o efetivo gozo do direito.

Nesse trilhar, está-se diante da possibilidade insculpida no art. 1.013, § 3º, inc. I, do CPC, de modo que a reforma da sentença é medida que se impõe, ao passo que o exame do mérito da questão é possível, também, nesse momento.

Ora, como dito anteriormente, o caderno processual não deixa dúvidas sobre o quadro fático que ensejou o ajuizamento da ação; diante do abandono das infantes, que ficaram sob os cuidados de sua tia, necessitando esta exercer atividade laboral, imperioso o fornecimento de vagas na rede pública de ensino, em local em que efetivamente possam usufruir do serviço.

A oferta de vaga restou assentada tanto pelos documentos apresentados pelo Município, em

contestação, como naqueles juntados em apelo, que apenas reforçam a veracidade da narrativa. Ainda que não caiba ao judiciário diligenciar em nome da parte, no caso dos autos, da simples consulta ao sistema de mapas do sistema Google, é possível verificar a considerável distância em que situadas as escolas nas quais as vagas existiam; o deslocamento até elas carece de assistência por parte do Município, afinal, o direito subjetivo à educação abrange o transporte escolar gratuito (art. 4º, inc. VIII, da Lei n. 9.394/1996).

A jurisprudência catarinense é pacífica quanto à necessidade de fornecimento de vagas em creche, pelo ente municipal (RN n. 0311299-47.2017. 8.24.0005, rel. Des. Luiz Fernando Boller; RN n. 0900146-64.2018.8.24.0091, rel. Des. Jaime Ramos; RN n. 0300482-51.2018.8.24.0113, rel. Des. Vera Lúcia; RN n. 0307724-85.2018.8.24.0008, rel. Des. Hélio do Valle Pereira); da mesma forma, para que o serviço seja adequadamente prestado, imprescindível a oferta de transporte, quando a instituição de ensino for situada há distância considerável, como na hipótese.

A procedência dos pedidos, na espécie, é possível sob dupla perspectiva. A primeira, para que seja disponibilizada vaga no estabelecimento indicado na inicial (Creche Bairro da Juventude), ou então, mantida a oferta nos moldes como indicada nos autos, providenciando-se o transporte escolar.

Com o resultado do julgamento, necessária a inversão dos ônus de sucumbência, impondo ao Município o pagamento de honorários advocatícios em favor do Fundo da Defensoria Pública, no importe de R\$ 600,00, exegese do art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC, sendo isento das custas processuais.

Nestes termos, conheço do recurso de apelação para dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Apelação Cível n. 0502914-48.2012.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Ronei Danielli

SERVIDORA PÚBLICA. SECRETARIA DE SAÚDE. ADICIONAL DE PERMANÊNCIA (LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 1.137/1992). SERVIDOR EM ATIVIDADE APÓS O INTERSTÍCIO APOSENTATÓRIO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DIREITO POTESTATIVO. ADEQUAÇÃO DO TERMO FINAL DA CONDENAÇÃO. LIMITAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO ENTE PREVIDENCIÁRIO ÀS PARCELAS VENCIDAS ATÉ A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA (SÚMULA 111 DO STJ). RECURSOS CONHECIDOS, SENDO PARCIALMENTE PROVIDO O DO IPREV E INTEGRALMENTE PROVIDO O DO ESTADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0502914-48.2012.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina e outro e Apelada Vera Lúcia Maia.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar parcial provimento ao do IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina e prover o do Estado de Santa Catarina. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler e o Exmo. Sr. Des. Júlio César Knoll.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018.

Desembargador Ronei Danielli

Relator

RELATÓRIO

Vera Lúcia Maia propôs, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, ação de revisão de aposentadoria em face do Estado de Santa Catarina e do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV.

Pugna, em síntese, pela condenação dos réus ao pagamento de indenização pela demora na concessão da aposentadoria e do abono e adicional de permanência, além da modificação da base de cálculos de seus proventos com base no vencimento de Técnico de Radiologia e a inclusão da hora plantão.

Na sentença, o Magistrado Laudernir Fernando Petroncini julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, cujo dispositivo foi assim redigido:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, condenar o Estado de Santa Catarina tão somente ao pagamento, excluídos todos

os valores eventualmente adimplidos na via administrativa, do a) abono de permanência, desde a data em que preenchidos os requisitos necessários à aposentadoria até a data da sua concessão; b) adicional de permanência, desde um ano após a data em que preenchidos os requisitos necessários à aposentadoria até a efetiva inativação.

Por sua vez, condeno o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV a implementar aos proventos da parte autora os reflexos do adicional de permanência, nos percentuais de 5%, 10% e 15%, na forma do art. 19 da Lei Complementar Estadual n. 1.137/1992, bem assim a pagar das diferenças decorrentes de tais acréscimos sobre as parcelas de proventos adimplidas desde a data da aposentação.

As verbas vencidas, excluídas as atingidas pela prescrição e as eventualmente adimplidas na via administrativa, deverão ser acrescidas de correção monetária pelo INPC até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (29/06/2009) e, a partir de 30/06/2009, pelo índice de atualização aplicável à caderneta de poupança. A contar da citação, os juros de mora e a correção monetária serão aplicados de forma conjunta, pelos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, nos moldes do que dispõe o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009 (TJSC, AC 2012.087988-0, Rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. 23/6/2015).

Isentos os réus (Lei Complementar Estadual 156/1997, art. 35, 'd'), condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, proporcionalmente à sua sucumbência (75%). Ademais, considerando a sucumbência recíproca (Código de Processo Civil, art. 86), condeno a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios dos procuradores dos réus, que fixo por equidade em R\$ 1.000,00 cada (Código de Processo Civil, art. 82, § 2º, art. 85, § 2º e § 8º), observado o disposto no art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil, se beneficiária da gratuidade da justiça. Por outro lado, condeno os réus ao pagamento, proporcionalmente à respectiva sucumbência, dos honorários do advogado da autora, os quais fixo em 10% do valor atualizado da condenação (Código de Processo Civil, art. 85, § 2º), devendo-se proceder à compensação, na forma do enunciado 306 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. (fls. 319-320)

O Estado de Santa Catarina opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

Irresignados, os vencidos apelaram.

O IPREV sustenta não ser devido o adicional de permanência, vez que a legislação exige prévio requerimento administrativo para seu pagamento, o que não ocorreu na hipótese. Defende, também, que os honorários advocatícios não devem incidir sobre as verbas vincendas, com fundamento na Súmula 111 da Corte Superior.

O Estado, a seu turno, pretende a modificação da sentença para que seja adotado como marco final da condenação ao adimplemento do adicional de permanência a data de sua concessão administrativa, em janeiro de 2010.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira, deixando de se manifestar sobre o mérito recursal por não vislumbrar interesse a ser tutelado na hipótese.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pleito exordial, condenando os réus ao pagamento do abono permanência e do adicional, ambos desde

a data em que preenchidos os requisitos para a aposentadoria até a data da inativação, determinando a implementação dos reflexos nos proventos.

As irrisignações dizem respeito exclusivamente ao adicional de permanência: enquanto o Estado defende a adoção de um termo final para a condenação — coincidente com a data da concessão administrativa da verba —, o ente previdenciário aduz que o pagamento é indevido.

Com efeito, o adicional de permanência implementado em favor dos servidores vinculados à Secretaria de Estado da Saúde é regulamentado pela Lei Complementar Estadual n. 1.137/1992, a qual disciplina:

Art. 19 - Ao servidor lotado e em exercício na secretaria de estado da saúde, que quiser permanecer em exercício após completar o interstício aposentatório, requererá ao Secretário, deferido o pedido, lhe será atribuído Adicional de permanência correspondente a 5% (cinco por cento) do vencimento do cargo, por ano de exercício, até o limite de 5 (cinco) anos, incorporando-se aos proventos de aposentadoria. (sem grifo no original)

De se ver, portanto, que a norma transcrita trouxe incremento remuneratório aos trabalhadores que tenham conquistado o direito à aposentadoria e optem por continuar em atividade. O dispositivo, contudo, condicionou a concessão da benesse à existência de prévio requerimento administrativo e deferimento pelo Secretário de Saúde.

A toda evidência, entretanto, tal requisito não pode prevalecer, porquanto incompatível com a própria natureza do benefício remuneratório instituído. Explica-se.

A despeito da existência do abono de permanência na Constituição Federal, o Estado de Santa Catarina, no exercício de sua autonomia federativa, resolveu instituir gratificação com o mesmo fato gerador aos servidores lotados na Secretaria de Saúde.

Assim, no intuito de incentivar tal categoria funcional a permanecer em atividade, concedeu um percentual de implemento nos vencimentos a cada ano que continuassem no exercício das funções, depois de decorrido o interstício aposentatório.

Desse modo, tendo o servidor permanecido em exercício um ano após completadas as regras para a aposentação, faz jus ao recebimento da referida benesse, configurando direito potestativo, sendo irrelevante a existência de requerimento administrativo para tanto.

A propósito, ressalta-se que especificamente a respeito do abono constitucional de permanência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente que *“uma vez preenchidos os requisitos para o recebimento do abono de permanência, esse direito não pode estar condicionado a outra exigência”* (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 648727/AM, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02.06.2017).

Assim, deve ser mantida a sentença no ponto, cabendo ajustar apenas o termo final da condenação para 14.01.2010, data a partir da qual a verba foi adequadamente adimplida na via administrativa (fls. 129, 138-139), observada a existência de eventual repercussão na incorporação do adicional aos proventos de aposentadoria.

E, no que diz respeito aos honorários advocatícios, conta com razão o ente previdenciário, devendo o montante incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a data da publicação da sentença, em consonância com a Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “*os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença*”.

A respeito, cumpre destacar a Corte Superior pacificou o entendimento de que a referida súmula é aplicável tanto “*para as causas que envolvam tanto o Regime Geral de Previdência Social quanto os regimes próprios dos servidores públicos*” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1344296/SC, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01.03.2012).

Ao final, registra-se que embora os apelos tenham sido, ao menos em parte, providos, inapropriada a modificação dos ônus sucumbenciais, haja vista que a reforma da sentença ocorreu em parte mínima, apenas no tocante ao termo final da condenação e aos honorários advocatícios.

Feitas essas considerações, os recursos são conhecidos, sendo parcialmente provido o do IPREV e provido o do Estado de Santa Catarina.

Esse é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0000586-51.2011.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. HOMICÍDIO. DECAPITAÇÃO DA VÍTIMA. EXAME CADAVERÍCO. AVANÇADO ESTADO DE DECOMPOSIÇÃO AO TEMPO DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DE ALOJAMENTO DE PROJÉTEL DE ARMA DE FOGO NA CABEÇA DO *DE CUJUS*. INEXISTÊNCIA DE ORIFÍCIO DE ENTRADA OU SAÍDA DA MUNIÇÃO. ALTERAÇÃO NATURAL DAS CARACTERÍSTICAS. POSTERIOR CONFISSÃO DOS AUTORES DO CRIME QUANTO AO USO DE TAL INSTRUMENTO. EXUMAÇÃO. CRÂNIO SUBMETIDO À RADIOGRAFIA. CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FRAGMENTO METÁLICO. IRRELEVÂNCIA. *CAUSA MORTIS* INALTERADA PELA NOVA DESCOBERTA. RAIO X EFETUADO EM CLÍNICA VETERINÁRIA. EXAME REALIZADO COM O OBJETIVO ÚNICO DE CORROBORAR A EXISTÊNCIA DO PROJÉTEL, ANTES DA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MAIS INVASIVO. LOCAL QUE NÃO CAUSOU ULTRAJE À IMAGEM DO FALECIDO. INSULTO AO FINADO NÃO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. NEGLIGÊNCIA NÃO VISLUMBRADA. ABALO ANÍMICO PELA ATUAÇÃO ESTATAL INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. DENUNCIACÃO DA LIDE PREJUDICADA. HIPÓTESE FACULTATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO DENUNCIANTE. MANUTENÇÃO DA VERBA ARBITRADA NA ORIGEM. FIXAÇÃO COM PARCIMÔNIA E EM RESPEITO ÀS DISPOSIÇÕES LEGAIS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000586-51.2011.8.24.0020, da comarca de Criciúma (2ª Vara da Fazenda) em que são Apelantes Luiz Felipe Honofre e outros e Apelado/Apelante o Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exm.^a Sr.^a Des.^a Vera Lúcia Ferreira Copetti, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 11 de outubro de 2018.

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

RELATOR

RELATÓRIO

Luiz Felipe Honofre, Guilherme Honofre Marinho, E. H. M. e o Estado de Santa Catarina, 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 2ª Vara da Fazenda, da comarca de Criciúma, na “*Ação de Indenização por Danos Morais*” n. 02011000586-4, ajuizada pelos primeiros contra o último, a qual julgou improcedente o pedido formulado na exordial e, por consequência, condenou os postulantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade em razão dos benefícios da justiça gratuita.

Por conseguinte, prejudicada a denúncia da lide postulada, atribuiu ao demandado denunciante o pagamento dos honorários advocatícios devidos ao patrono do denunciado, arbitrados em idêntica verba.

Na inicial (fls. 02/08), os autores postularam o recebimento de indenização pecuniária pelos danos morais que, segundo aludiram, teriam sofrido, em decorrência de conduta atribuída aos prepostos do requerido.

Justificaram o pedido fundamentando-o no argumento de que são filhos de Adriano Marinho, falecido em 27/08/2007, em decorrência de homicídio, cujo corpo foi decapitado e encontrado em um matagal aos fundos do cemitério do bairro Brasília, em Criciúma.

Relataram que foi procedido o exame cadavérico na vítima, concluindo-se pelo emprego de tortura e crueldade seguida de morte por asfixia, de maneira que os familiares procederam ao funeral mesmo sem a respectiva cabeça, até então desaparecida, a qual somente foi encontrada 8 (oito) dias após o sepultamento, “*no interior de uma caixa d’água desativada da Casan, no bairro Próspera*” (fl. 03), sendo, então, submetida à análise do Instituto de Criminalística e sepultada junto ao corpo, após a exumação.

Destacaram, contudo, que o perito não se ateu ao fato de que havia um projétil de bala alojado no crânio do *de cujus*, de modo que, após a confissão do crime pelos acusados, a cabeça teve de ser exumada para nova análise, ocasião em que “*foi levada a uma clínica veterinária a fim de ser radiografada*” (fl. 04), advindo, daí, o abalo anímico reparável, não só pelo desrespeito à imagem do *de cujus*, como pela negligência profissional no ato investigatório.

Acrescentaram, ainda, que os curiosos que acompanharam o desenterramento proferiram comentários maldosos sobre a aparência física do morto e seus odores característicos, exurgindo, também de tal conduta, a responsabilidade indenizatória do ente público demandado, haja vista que os atos indevidos foram praticados por seus prepostos. Postularam, igualmente, a benesse da gratuidade judiciária.

Juntaram os documentos de fls. 15/34.

A decisão de fls. 35 deferiu o benefício.

Regularmente citado, veio o réu aos autos e, contestando o feito (fls. 39/61), em suma, requereu a denúncia da lide ao legista do Instituto Médico Legal de Criciúma, arguindo, também, a ocorrência da prescrição, porquanto transcorridos mais de 3 (três) anos entre a data do evento danoso e a propositura da ação.

No mérito, sustentou que “o pai dos autores [...] era conhecido como traficante de drogas [...] e era usuário de crack” (fl. 46), sendo a respectiva parte cefálica encontrada já em adiantado estado de decomposição, o que, no entanto, não obstou o diagnóstico da *causa mortis* em decorrência de “*asfixia mecânica com politrauma crânio facial*” (fl. 46), constatação inalterada mesmo com a descoberta do projétil de arma de fogo.

Complementou suas assertivas informando, ainda, que “na época o [...] raio x do IML estava desativado, sendo utilizado o aparelho portátil de uma clínica veterinária”, indicado para uso humano e animal, equipamento que, em regra, “era levado até o IML, todavia, a fim de agilizar o procedimento e por ser a parte cefálica que seria radiografada, o legista foi até a clínica para realizar o exame” (fl. 217).

Desse modo, referiu não haver como presumir qualquer negligência ou imperícia na elaboração dos laudos, tendo os agentes estatais agido no estrito cumprimento de um dever legal, investigando pormenorizadamente a causa de falecimento do genitor dos autores, “não se podendo penalizar o Estado por percalço inerente à complexidade da perícia médica que, ao fim, foi corretamente realizada” (fl. 48).

Ressaltou que o dano moral, se existente, estaria atrelado à própria perda do ente querido, a respeito do que não teria qualquer responsabilidade, afastando-se, pois, onexo causal.

Por fim, destacou que os demandantes não residiam junto ao pai, possuindo, à época, ademais disso, 8 (oito), 7 (sete) e pouco mais de 1 (um) ano de idade, sendo pouco crível, portanto, “entenderem e participarem da exumação ou de sofrerem abalo pelo fato de que a cabeça foi periciada em um aparelho de raio x de uma clínica veterinária” (fl. 51). Nestes termos pugnou pela improcedência do pedido, o que fez apresentando documentação (fls. 56/936).

Na réplica (fls. 940/945), os requerentes rebateram as assertivas do réu e repisaram os argumentos da exordial.

O representante do Ministério Público manifestou-se favoravelmente à denúncia da lide (fls. 947/949), sendo tal pedido, ato contínuo, deferido pelo ilustre Togado de Primeiro Grau (fl. 954).

Devidamente citado, João Borges da Silva contestou o feito (fls. 959/967), arguindo o descabimento do instituto da denúncia, “porque não pode o Estado de Santa Catarina denunciar servidor à lide para alegar ilegitimidade passiva [...], e porque [...] executou os trabalhos da melhor forma que lhe permitiram as condições disponibilizadas pelo denunciante” (fl. 960).

Ressaltou que o suposto dano não decorreu do serviço prestado, mas sim da falta de equipamento adequado para a realização do seu trabalho, sendo parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide, arguindo, mais, a inépcia da inicial e a falta da causa de pedir, postulando a improcedência do pleito.

Manifestando-se a respeito (fls. 971/973), os demandantes repisaram suas alegações iniciais, tendo o Estado igualmente impugnado as teses do denunciado (fl. 975).

Na sequência, o representante do *Parquet* opinou pela realização de audiência instrutória (fls. 977/978), sendo a produção da prova oral deferida pelo juízo de origem, postergando-se a análise das prefaciais em conjunto com o mérito (fls. 979/980).

Apresentado o rol de testemunhas pelos autores (fl. 983), foram colhidos os respectivos depoimentos (fls. 997/999), sobrevindo a juntada de alegações finais por todas as partes, onde rememoraram os seus argumentos (fls. 1.001/1.004, 1.006/1.008 e 1.009/1.013).

Empós, o digno Promotor de Justiça manifestou-se pelo não acolhimento do pedido (fls. 1.020/1.025).

Julgando o feito (fls. 1.026/1.031), o douto Magistrado *a quo* decidiu pela improcedência do pleito, restando prejudicada a denúncia, nos termos do relatado supra.

Ponderou o insigne prolator, após afastar as preliminares, que *“a exumação não teve por objetivo suprir deficiência quanto à conclusão do exame cadavérico anterior, mas, unicamente, ratificar os depoimentos dos autores confessos do crime e servir de padrão para exame de balística”*.

Por outro lado, *“embora entenda que, definitivamente, uma clínica veterinária não é o local adequado para a realização da radiografia de um ser humano falecido, que ainda é merecedor de respeito”*, inexistente *“lesão aos direitos de personalidade dos infantes, sobretudo porque a medida [...] não teve por objetivo ultrajar a memória do falecido”* (fl. 1.030).

Irresignado com a prestação jurisdicional efetuada, o ente público tempestivamente apresentou recurso a este Colegiado, externando seu descontentamento quanto ao dever de honrar os honorários advocatícios devidos ao patrono do denunciado, entendendo que tal obrigação deveria recair sobre os postulantes, alternativamente pugnando pela minoração da referida verba, fixando-se em não mais do que R\$ 500,00 (quinhentos reais) (fls. 1.034/1.040).

Por seus turnos, Luiz Felipe Honofre Marinho, Guilherme Honofre Marinho e E. H. M. Interpuseram seu apelo sustentando a ocorrência de abalo anímico indenizável, em decorrência da segunda exumação do corpo do seu ascendente, além da ofensa à sua respectiva imagem por ter sido submetido à exame radiológico em clínica veterinária, o que, segundo alegaram, deveria ser reparado.

Contra-arrazoado o recurso apenas pelo Estado (fls. 1.051/1.060) – em que pese os demais interessados tenham sido devidamente intimados (fl. 1.048) –, onde aplaudiu os fundamentos da sentença, os autos foram à douta Procuradoria-Geral de Justiça, a qual, em parecer da lavra da eminente Procuradora Lenir Roslindo Piffer (fls. 1.067/1.073), manifestou-se pelo desprovemento do recurso dos demandantes, deixando de se manifestar a respeito do *meritum causae* do apelo do réu.

Recebo os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Objetivam os autores, em sede de apelação, a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório, tendo o ente público externado descontentamento, também, com relação à parcela do veredito que lhe foi desfavorável, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Como supedâneo à pretensão recursal, Felipe Honofre Marinho, Guilherme Honofre Marinho,

E. H. M. sustentaram a responsabilidade do Estado pela má prestação do serviço de perícia médica legal, o que teria ensejado a desnecessária manipulação do corpo do seu genitor após a morte, ato realizado de forma ultrajante e desrespeitosa, motivando, pois, a imposição do dever de indenizar o abalo anímico causado.

A irresignação do requerido, por sua vez, limita-se à responsabilidade pela satisfação dos honorários advocatícios afetos à lide secundária.

Em prelúdio, registre-se que os apelos foram interpostos sob a égide do Código *Buzaid*, razão pela qual ao caso aplicáveis os dispositivos nele previstos.

Ab initio, há de se destacar ser de todos cediço serem “[...] *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação* (art. 5º, X, CF).

Feito tal escorço, quanto à responsabilidade civil do ente estatal, frise-se responder este objetivamente pelos danos causados por seus agentes, conforme disposto no art. 37, § 6º, da Carta Magna, *verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, por força da responsabilidade civil objetiva consagrada pela referida norma constitucional, a Administração Pública estará obrigada a indenizar os danos causados por atos de seus prepostos, somente se desonerando se provar que o ilícito se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Isso porque, a Constituição Federal consagrou a teoria do risco administrativo, condicionando a responsabilidade do ente estatal ao dano decorrente da sua atividade, qual seja, a existência de causa e efeito entre a atividade do agente público e o prejuízo causado.

A propósito, acerca dos pressupostos da responsabilidade objetiva do ente público (Teoria do Risco Administrativo), depreende-se da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público.

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição:

Que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público);

Que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de

serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação de serviço público;

Que seja causado dano a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito; como o dispositivo constitucional fala em terceiros, é inaceitável o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Carlos Velloso, no sentido de que a responsabilidade só é objetiva se o dano for causado ao usuário do serviço público; se for causado a terceiro, a responsabilidade é subjetiva (RE-262.651, 2ª turma, e RE-302.622-4, 2ª turma); em julgado posterior, no entanto, o STF retomou o seu entendimento anterior, favorável à existência de responsabilidade objetiva decorrente de dano causado a terceiro, independentemente da qualidade de usuário de serviço público; não poderia ser outra a interpretação, tendo em vista que o dispositivo, ao falar em danos causados a terceiros, não distingue entre o usuário e o não usuário; em consequência, não pode o intérprete fazê-lo, sob pena, inclusive, de derogar o princípio da repartição dos encargos sociais e a ideia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado;

Que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço.

Que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; Direito Administrativo; 23ª ed.; São Paulo: Atlas; 2010; p. 649/650).

Aliás, neste sentido, já deixou assente o STJ que *“a responsabilidade objetiva independe da apuração de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade entre ambos”* (Resp n. 1.109.303/RS, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 04/06/2009).

Logo, para a configuração da responsabilidade civil do Estado réu, necessária a verificação dos seguintes elementos: o dano, a ação ou omissão do ente público e o nexo causal entre eles.

Com isso, se poderá analisar se houve ou não conduta antijurídica e se dela se originou o alegado dano.

Nessa toada, inclusive, essa Corte de Justiça já assentou:

“[...] Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49) (Apelação Cível n. 0500217-42.2012.8.24.0027, de Ibirama, Relator: Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 13/03/2018).

Perpassadas tais lições legais e doutrinárias, convém ressaltar que, *in casu*, a narrativa processual revela que o ascendente paterno dos autores, Adriano Marinho, foi vítima de um homicídio cometido na cidade de Criciúma, na data de 27/08/2007, crime que teria chocado a comunidade pela crueldade

e brutalidade empregadas, eis que o corpo do *de cuius* foi decapitado após a morte, encontrando-se a cabeça somente uma semana após o funeral.

Especificamente com relação à autoria do delito, urge se consigne, inexistente qualquer discussão nos autos, até porque o primo do falecido e a respectiva companheira foram os executores confessos, sendo, em razão disso, condenados nos autos da Ação Penal n. 0021198-49.2007.8.24.0020, reproduzida no presente caderno processual (fls. 64/936).

A controvérsia remanesce, portanto, no tocante à conduta dos agentes estatais, que não teriam sido diligentes no processo investigatório, com isso ensejando uma desnecessária exumação do cadáver, vilipendiando-se, pois, a imagem do aludido finado, sobretudo porque, segundo emana do relato pórtico, teria sido submetido à perícia em local totalmente inapropriado.

Entretanto, não obstante o intento dos autores em serem ressarcidos pelo abalo psicológico alegado, sustentando que, na condição de descendentes da vítima, foram igualmente afetados pelo episódio, com a necessária vênia, não se constata o mínimo indício de circunstância justificadora do dever de reparar, o que, conseqüentemente, inviabiliza a reforma do *decisum* prolatado.

Com efeito, não se olvida que ao proceder à primeira análise na parte cefálica da vítima, o médico legista do Instituto Médico Legal de Criciúma, João Borges da Silva (CRM/SC n. 4.819), não vislumbrou nenhum orifício de entrada de projétil de arma de fogo, afastando, pois, a possibilidade de tal instrumento ter sido utilizado no crime truculento praticado contra Adriano Mariano.

Inclusive, é o que consta do Exame Cadavérico Complementar n. 129/2007, produzido na data de 04/09/2007 (fls 20/21):

[...] Constatou-se no Instituto Médico Legal Criciúma, às 16:50 horas na sala de necropsia, parte cefálica com característica do sexo masculino, com múltiplas fraturas de ossos peri oculares, nasais, malares, maxilares e mandibulares, visto a crepitação óssea a palpação e grande edema de face e crânio, com maceração do tecido epidérmico tanto da face como do crânio. Ferida corto contusa dispersa, exoftalmia e dessecação tegumentar bilateral oculares. Língua protusa e macerada, e múltiplas feridas corto contusas com laceração na parte cervical em toda a sua extensão. **Não observou-se ferida de entrada ou saída de arma de fogo, evidenciando-se energia de ordem mecânica contundente e corto contundente com acentuada violência de natureza torturante e de forma cruel.**

[...] CONCLUSÃO: A ação delituosa se caracteriza por ato de tortura, a crueldade, seguida de morte por asfixia, se bem que o evento morte se daria pelo intenso traumatismo crânio encefálico e os politraumatismos motivadores das inúmeras fraturas cominutivas da face e do crânio. Difícil sobreviver a um trauma desse porte, porém a causa que levou ao óbito imediato pós trauma foi a esganadura, ou o estrangulamento ou outro meio de asfixia mecânica como exposto na discussão. A ação enérgica foi de ordem mecânica do tipo contundente, corto contundente, associada a energia físico-química da asfixia mecânica [...] (grifou-se).

Não obstante, urge se consigne, com a ulterior prisão dos envolvidos, revelou-se ter sido, sim, empregada arma de fogo no cometimento do delito, sendo esta a motivação, aliás, pela qual o corpo foi decapitado, eis que, segundo aduziram os executores do homicídio, o disparo teria atingido, primeiramente, a mão de um dos co-autores antes de penetrar na cabeça, de modo que aquele foi o meio encontrado para ocultarem eventual prova.

Por conseguinte, de posse de tal informação, o Delegado de Polícia responsável pelo caso requisitou a “*exumação de parte do corpo da vítima Adriano Marinho (em específico a cabeça)*” (fl. 24), a fim de que pudessem ser ratificadas as declarações prestadas pelos indiciados, fazendo-o nos seguintes moldes (fls. 23/24):

[...] O corpo foi enterrado sem a cabeça, pois além da decapitação, os autores ocultaram a mesma. Uma semana depois, em função de investigação, policiais desta Central de Polícia encontraram a cabeça da vítima submersa numa caixa d’água desativada da Casan, próximo do local da ocorrência.

Mediante autorização desse juízo, a cabeça foi colocada no caixão onde a vítima foi sepultada, junto ao corpo.

O exame médico legal realizado na cabeça da vítima não encontrou vestígios aparentes de disparo de arma de fogo, razão pela qual o médico- legista entendeu não necessário abrir a cabeça da vítima.

Ocorre que as investigações desenvolvidas pela Central de Polícia encontraram provas da participação de Sérgio Joaquim Marinho e Simony Clementino Alves, ambos presos em função de prisão temporária decretada por esse juízo.

Os indiciados [...] confessaram a prática de violento crime e justificaram a decapitação para evitar que a polícia descobrisse que a vítima foi alvejada na cabeça por um disparo de arma calibre 22. O revólver calibre 22 foi localizado em local indicado pelos indiciados.

Em razão do exposto, em especial pelo depoimento dos indiciados [...], temos como certo que há projétil de arma calibre 22 no interior da cabeça da vítima, que precisa ser localizado e extraído, para que seja ratificado o depoimento dos autores confessos e servir de padrão de exame de balística, haja vista a arma do crime ter sido localizada.

Como se denota, a partir de tal relato, a ulterior elucidação do fato esteve vinculada à necessidade de melhor qualificação da conduta dos acusados, de maneira que, acolhendo o pedido da referida autoridade policial, o juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma autorizou, assim, “*o pedido de exumação para exame cadavérico, especialmente da cabeça da vítima de homicídio*” (fl. 25).

Frise-se, inclusive, que nesta segunda oportunidade o médico legista do Instituto Médico Legal de Criciúma justificou a anterior ausência de constatação do fragmento metálico devido ao “*avançando estado de putrefação da parte cefálica da vítima, que não apresentava qualquer lesão pérfuro contusa visível, e sim apenas lesões corto contusas*” (fl. 33), passando, pois, ao exame pormenorizado com o auxílio, desta feita, de radiografia, consignando no Auto de

Exumação n. 001/2007 que (fls. 33/34):

[...] Aberto o túmulo, foi retirada a cabeça da vítima que seria exumada, colocada em um saco plástico e levada para uma clínica veterinária no bairro Santa Luzia, a fim de ser radiografada para verificar a presença de projétil de arma de fogo, conforme fatos novos relatados pelos agressores da vítima, e não verificados na necropsia [...].

Parte cefálica com intenso odor fético, macerada, e em avançado estado de putrefação, que ao ser radiografada, demonstrou presença de corpo estranho metálico, que em posição panorâmica, parecia estar alojada na massa encefálica, porém obtida radiografia em posição oblíqua, notou-se que o corpo estranho metálico similar a projétil de arma de fogo, alojava-se na região parietal direita, sem ultrapassar a calota craniana. Levada ao IML, procedeu-se a retirada do projétil que se encontrava subcutaneamente na região parietal, com parte do mesmo alojado na tábua óssea, sem a tábua interna, cujo conjunto é denominado díploe. O projétil ao atingir a tábua

óssea externa, a perfurou parcialmente, se alojando na mesma e causando pequena fratura radial ao redor do local onde se alojou. Foi retirado o mesmo de seu lócus e encaminhado para exame de balística.

Adiante, a *expertise* concluiu (fl. 34):

[...] O fato novo não altera a *causa mortis*, pois com certeza absoluta, não foi o projétil encontrado, pois pelas características e o seu lócus, não apresenta poder letal, assim como também ao exame e observação, leva a conclusão de ter sido a ação pós morte. A rigor, não se encontra orifício de entrada, e com certeza o local de entrada não foi o mesmo onde o projétil foi encontrado, tendo sido tangencial ao local e equidistante a própria cabeça, podendo ser um tiro encostado ou muito próximo, além de ter sido interceptado por um anteparo qualquer, dado a deformidade do projétil.

O fato novo não altera a *causa mortis* da necropsia, acrescentando mais ainda a intenção premeditada dos agressores, que com acentuado instinto de maldade e desprezo pela vida da vítima, não respeitaram nem seus restos mortais, visto várias lesões apresentarem aspecto pós *mortis*, incluindo o tiro desferido.

Diante disso, há de se referir, é possível concluir que a ausência da constatação primária sobre a presença do objeto metálico na região parietal da parte cefálica do falecido decorreu, não de negligência médica, mas, sim, da própria condição física da parte do corpo examinada, que, urge se repise, não apresentava nenhum orifício visível de entrada do projétil, além de estar em avançado estado de decomposição, o que, não se olvide, já alterava por si só as suas naturais características.

Sob tal premissa, por conseguinte, inviável atribuir-se ao requerido a pretendida responsabilidade pela segunda exumação do cadáver, sobretudo porque ausente qualquer equívoco na conclusão da respectiva *causa mortis*, mantendo-se o desfecho inalterado, conforme alhures referido, até mesmo após a confirmação do uso da arma de fogo como um dos meios de violência praticados contra o genitor dos requerentes.

Não se há olvidar, ainda, que foi o êxito do procedimento investigatório que propiciou a condenação dos culpados pelo crime, não se extraindo de tal situação, portanto, o menor indício de ofensa à boa imagem do *de cuius* ou o alegado vilipêndio *post mortem*.

Aliás, nem mesmo a realização da radiografia em uma clínica veterinária constitui motivo para a imposição do dever de reparar, porquanto a medida, em que pese em princípio inadequada e distinta do habitualmente encetado em casos análogos, certamente não teve por lastro insultar o finado, mas tão somente propiciar as condições precisas para que os profissionais pudessem assegurar a presença do corpo metálico, antes de ingressarem no procedimento mais invasivo, o que, convém se registre, estariam impossibilitados de vislumbrar na sede oficial, eis que “*na época o aparelho de raio X do IML estava desativado, sendo utilizado o aparelho portátil*” da referida clínica (fl. 217).

A propósito, consoante destacou o demandado, “*normalmente esse aparelho era levado até o IML, todavia, a fim de agilizar o procedimento, e por ser a parte cefálica que seria radiografada, o legista foi até a clínica para realizar o exame*” (fl. 217), garantindo, ao fim, ser o equipamento “*capacitado para atender seres humanos e animais*” (fl. 217).

Tal asserção, convém se atente, não restou derruída pelos demandantes.

Logo, não havendo qualquer elemento de prova acerca da sujeição dos restos mortais do

ascendente dos postulantes à situação efetivamente vexatória ou degradante, seja por ocasião do exame procedido ou perante terceiros – sobressaindo, ao contrário, o satisfatório desempenho na elucidação da *causa mortis* –, não se há falar na atribuição da obrigação indenizatória do abalo anímico supostamente sofrido pelos filhos.

Há de se registrar, por oportuno, que não se olvida da dor sentida pelos requerentes em decorrência da prematura perda do genitor, o que certamente constituiu um sentimento dilacerante.

Não obstante, deve-se considerar que, *in casu*, a reparação perseguida pelos autores diz respeito não ao óbito em si, mas, sim, à conduta praticada pelos agentes estatais ao manipularem o corpo do *de cuius*, situação em que, conforme se viu, não foi constatada nenhuma excepcionalidade apta a ensejar o dever reparatório.

Além do mais, os postulantes tinham, à época, 8 (oito), 7 (sete) e pouco mais de 1 (um) ano de idade, sendo pouco crível, assim, efetivamente detivessem discernimento suficiente para compreender a dita inadequação no exame cadavérico, o que, certamente, não se confunde com os reflexos negativos decorrentes da morte do ascendente paterno, se isoladamente considerada.

Desse modo, inexistindo a demonstração de conduta negligente do Estado, ou, especialmente, nexos causal entre esta e o abalo anímico experimentado, inviável a imposição de responsabilidade civil ao ente público, fulcrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cumulado com os arts. 186 e 927 do Código Civil.

Via de consequência, a manutenção da sentença prolatada mostra-se medida consentânea, em conformidade aos julgados deste Sodalício, mudando-se o que deva ser mudado:

1) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - HOSPITAL MUNICIPAL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - CORPO QUE FOI TRASLADADO POR FUNERÁRIA DE OUTRO HOSPITAL PARA REALIZAÇÃO DE NECRÓPSIA - DEMORA NO RECEBIMENTO DO CORPO QUE GEROU SUSPENSÃO DA NECRÓPSIA POR PARTE DA FAMÍLIA - RECEBIMENTO DO CORPO PELO HOSPITAL NÃO COMPROVADA - SUPOSTO ABANDONO DO CORPO EM BANCO DO HOSPITAL AFASTADO - LOCAL APROPRIADO (NECROTÉRIO E MACA DIFERENCIADA) PARA RECEBER O CORPO - DANOS MORAIS INEXISTENTES - RECURSO DESPROVIDO.

“O Estado tem o dever de ressarcir os danos a que deu causa ou deveria evitar. A responsabilidade é objetiva (CF, art. 37, § 6.º) e dela somente se exonera o ente público se provar que o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior.” (AC n. 2009.032980-4, de Joinville, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 08/01/2010).

O *onus probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do inciso I, do art. 333 do CPC.

A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado; é imprescindível a comprovação da existência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

Comprovado que os procedimentos praticados, estão dentro das normas adequadas ao presente caso, deve ser descartada a hipótese de negligência do ente Municipal, que conduziu de forma diligente a ocorrência, fato que afasta a responsabilidade do nosocômio (Apelação Cível n. 2011.028296-7, de Joinville, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/08/2011).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. APRESENTAÇÃO DE NOTÍCIA CRIMINIS À AUTORIDADE POLICIAL POR IRMÃO DO FALECIDO. SUSPEITA DE HOMICÍDIO. CAUSA DO ÓBITO NÃO ESCLARECIDA PELOS LEGISTAS. EXUMAÇÃO ULTERIOR DO CADÁVER. AUSÊNCIA DE DOLO OU MA-FÉ DO NOTICIANTE. INVESTIGAÇÃO INEXITOSA. MERO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DISCUSSÃO FOCADA NA DIVULGAÇÃO DO NOME DOS AUTORES, ESPOSA E FILHOS DO FINADO, COMO COMETEDORES DO EVENTUAL ILÍCITO PERANTE TERCEIROS, A GERAR CONSTRANGIMENTO SOCIAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

A provocação da autoridade policial a fim de que seja apurada suposta prática de homicídio é direito de toda e qualquer pessoa do povo (art. 5º, II e § 3º, do CPP). Somente quando o denunciante descamba do exercício regular para o abuso de direito poderá ser civilmente responsabilizado. Limitada a sua atuação, in casu, a pedido de melhor apuração acerca das circunstâncias do óbito do seu irmão, cuja causa não foi mesmo esclarecida pelos médicos legistas, nada há de excepcional, mormente porque os nomes dos autores nem sequer foram associados de maneira categórica ao eventual crime contra a vida [...] (Apelação Cível n. 2008.042865-9, de Criciúma, Relatora: Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 21/09/2010).

De outro visio, relativamente à irresignação do Estado quanto à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios na lide secundária, convém frisar que razão não lhe assiste quando pugna pelo afastamento do referido ônus.

É que a denúncia da lide ao médico legista, procedida pelo ente público demandado não constituía uma medida obrigatória, nos moldes em que preconizava o art. 70 do CPC de 1973, mas, sim, diligência facultativa, ainda que enquadrada no inciso III do mencionado dispositivo legal, assim vazado, *verbis*:

Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória:

[...]

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Aliás, o entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de que, nas situações em que o direito de regresso possa ser livremente exercido pela parte condenada, desnecessária é a denúncia processual, de maneira que, adotada tal diligência e sobrevindo a improcedência do pedido na lide principal, fica o denunciante responsável, sim, pela satisfação da verba remuneratória devida ao patrono da parte denunciada, eis que deu causa à instauração da demanda secundária, devendo suportar, assim, os ônus daí decorrentes.

Neste compasso, o Superior Tribunal de Justiça já assentou:

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DENUNCIÇÃO DA LIDE FACULTATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ.

Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma expressa que deverão ser imputados à parte denunciante os encargos

sucumbenciais, no caso em que a lide secundária for extinta sem resolução do mérito, independentemente de *in casu* haver resistência à denunciação.

Outrossim, extrai-se do acórdão objurgado que, nos casos em que a denunciação da lide não é obrigatória, a jurisprudência do STJ proclama que o litisdenuciante que chamou o denunciado à lide deve arcar com os honorários advocatícios quando a ação principal for julgada improcedente. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa extensão não provido (REsp 1684447/RJ, Relator, Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 19/09/2017).

No mesmo rumo, a propósito, é o entendimento dessa Corte de Justiça:

1) APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. OCUPAÇÃO POR MERA LIBERALIDADE DO PROPRIETÁRIO. PRECARIIDADE. *POSSE AD USUCAPIONEM* NÃO CONFIGURADA. REQUISITOS LEGAIS NÃO DEMONSTRADOS. LIDE SECUNDÁRIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL. VERBA DEVIDA PELO LITISDENUNCIANTE. EXEGESE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.129 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. READEQUAÇÃO DO *QUANTUM*. RECURSOS DOS AUTORES DESPROVIDO E DA RÉ LITISDENUNCIANTE PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] Em saindo vencedor o denunciante, a ação de denunciação ficará prejudicada, o que não impede que o denunciante seja condenado a pagar as verbas de sucumbência ao denunciado (Apelação Cível n. 0004815-39.2009.8.24.000, de Xanxerê, Relator: Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 16/05/2017).

2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL E EXTINÇÃO DA LIDE SECUNDÁRIA, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, COM A CONDENAÇÃO DA DENUNCIANTE AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INCONFORMISMO DA DENUNCIANTE. DENUNCIÇÃO DA LIDE. HIPÓTESE DO ARTIGO 70, INCISO III DO CÓDIGO *BUZUID*. ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RESPONSABILIDADE. DENUNCIANTE QUE DEVE ARCAR COM OS ÔNUS SUCUMBÊNCIAS. PRECEDENTES. IMPERIOSA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nas hipóteses em que a denunciação da lide é facultativa, “o litisdenuciante que chamou o denunciado à lide deve arcar com os honorários advocatícios, quando a ação principal for julgada improcedente” (AgRgAREsp n. 844.663, Min. Marco Aurélio Belizze; REsp n. 84.491, Min. Vicente Leal; AgRgEDclAg n. 550.764, Min. Castro Filho; AgRgAgREsp n. 749.849, Min. Assusete Magalhães). Se o trabalho do advogado da seguradora/litis- denunciada se limitou à apresentação da defesa e se a causa não se reveste de complexidade jurídica, os seus honorários devem ser arbitrados com moderação, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (CPC/1973, art. 20, §§ 3º e 4º; CPC/2015, arts. 8º e 85, § 2º). (TJSC, Apelação Cível n. 0006522-03.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Newton Trisotto, j. 10-11-2016) (Apelação Cível n. 0001076-57.2009.8.24.0048, de Balneário Piçarras, Relatora: Des.^a Rosane Portella Wolff, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 23/01/2017).

Por conseguinte, deve ser mantida incólume a decisão quanto ao tópico.

E, especificamente no que tange à minoração do valor arbitrado a título de tais honorários advocatícios, igualmente não merece provimento o apelo do Estado. Vislumbra-se que foram fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), os quais devem ser mantidos, porquanto arbitrados em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Isso porque, ao que se extrai dos autos, em que pese a causa não revelar tamanha complexidade, não necessitando, por isso, de maiores esforços do causídico, foram os honorários estipulados em montante condizente com o labor desempenhado. Logo, deve assim permanecer.

Aliás, *“o arbitramento dos honorários advocatícios deve ser realizado de forma equânime, compatível com o proveito econômico obtido com a lide e apta a remunerar o profissional atendendo-se à natureza da causa, ao trabalho e ao tempo exigido para a prestação do serviço, na forma preconizada no 20, § 4º, do CPC, observados os parâmetros do art. 20, § 3º, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, do mesmo Códex”* (Apelação Cível n. 2013.055818-5, de Navegantes, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18/11/2014).

Por fim, incabível o arbitramento de honorários recursais, por se tratar de reclamos interpostos sob à égide da legislação anterior.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer dos recursos, e negar-lhes provimento, mantendo-se hígida a sentença de Primeiro Grau.

É como voto.

Apelação Cível n. 0038240-18.2011.8.24.0038, de Joinville

Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. PACIENTE COM QUEIMADURAS ATÉ 3º GRAU NA FACE, DORSO E PESCOÇO, DECORRENTES DE ACIDENTE DOMÉSTICO. DELÍRIO PSICÓTICO DURANTE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. SALTO VOLUNTÁRIO PELA JANELA DO 3º ANDAR. FRATURA DO CALCÂNEO DIREITO. NEGLIGÊNCIA MÉDICA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE QUADRO SINTOMÁTICO A RECLAMAR TRATAMENTO DIFERENCIADO. ALUCINAÇÕES DESENVOLVIDAS APENAS NAQUELE EPISÓDIO. PARECER PSIQUIÁTRICO VINCULANDO O ACONTECIMENTO À ABSTINÊNCIA ALCOÓLICA. REPARAÇÃO INDEVIDA. *DECISUM* REFORMADO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ARBITRAMENTO *EX OFFICIO*. EXEGESE DO ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE RITOS. APELO DO RÉU CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0038240-18.2011.8.24.0038, da comarca de Joinville (2ª Vara da Fazenda Pública) em que é Apelante/Apelado Gilmar Jacques e Apelado/Apelante Hospital Municipal de São José.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso do réu e dar-lhe provimento e, por consequência, julgar prejudicado o recurso do autor. Honorários recursais fixados *ex officio*. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exm.^a Sr.^a Des.^a Sônia Maria Schmitz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 18 de outubro de 2018.

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

RELATOR

RELATÓRIO

Gilmar Jacques e o Hospital Municipal São José, 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 2ª Vara da Fazenda Pública, da comarca de Joinville, na “*Ação de Indenização por Danos Materiais, Morais e Estéticos*” n. 0038240-18.2011.8.24.0038, ajuizada pelo primeiro em desfavor do segundo, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial e, por consequência, condenou o nosocômio ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescido dos consectários legais desde a citação, observado o disposto na Lei n. 11.960/09, além dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Isento das custas processuais.

Na inicial (fls. 02/11), o autor postulou o recebimento de indenização pecuniária pelos danos materiais, morais e estéticos que, segundo aludiu, teria sofrido, em decorrência de conduta negligente atribuída aos prepostos do requerido.

Justificou o pedido fundamentando-o no argumento de que em 21/04/2011 sofreu queimaduras graves advindas de um acidente doméstico, com o manuseio de álcool para higienização de materiais, razão por que fora internado nas dependências do hospital demandado, onde ficou em tratamento na ala localizada no 3º (terceiro) andar.

Todavia, referiu que naquela ocasião lhe foram ministrados medicamentos que *“lhe provocavam alterações do controle emocional (angústia) e transtornos psicológicos, especialmente acarretando pânico, sensação de insegurança e falta de noção de espaço e ambiente”* (fl. 03), daí necessitando de constante acompanhamento profissional, o que, no entanto, não lhe foi prestado.

Assim, destacou que, dias após, sob os efeitos dos mencionados remédios, *“levantou-se da cama, andou alguns passos e, sem qualquer jogou-se pela janela, estatelando-se no solo numa altura de 03 andares”* (fl. 03), com isso sofrendo escoriações no corpo, comprometimento da bacia e coluna, além de fratura no pé e tornozelo direitos, sendo, assim, socorrido pelos enfermeiros e modificada a sua medicação, passando a receber atenção e cuidados constantes até a data da alta, em 12/05/2011.

Desse modo, sustentou ter sofrido diminuição parcial da capacidade laboral, além do afastamento provisório de suas atividades como carpinteiro, sofrendo dores aviltantes e ficando com aleijão em uma das pernas, o que, conforme alegou, deveria ser reparado, postulando o recebimento de indenização pelos danos anímico, material e estético, além de pensão mensal vitalícia.

Requeru, igualmente, a benesse da gratuidade judiciária e juntou os documentos de fls. 14/16.

A decisão de fl. 17 deferiu o benefício pleiteado.

Regularmente citado, veio o réu aos autos e, contestando o feito (fls. 21/72), arguiu, em preliminares, sua ilegitimidade passiva *ad causam* e carência do interesse de agir, asseverando, no mérito, que o autor foi recebido com queimaduras, sendo adequadamente atendido pela equipe de profissionais, não havendo a mínima prova de que o tratamento ministrado não fosse o adequado.

Acrescentou que o surto foi decorrente da abstinência alcoólica e, não, dos remédios prescritos, não se olvidando, ainda, que estava internado em um leito cujas janelas possuem proteção de tela e abertura para fora, tendo um funcionário, inclusive, tentado evitar a queda, não sendo possível tão somente em razão da rapidez empreendida pelo demandante.

Diante disso, defendeu a ausência denexo causal capaz de motivar a imposição do dever de reparar, ressaltando inexistir prova quanto aos alegados danos experimentados, pugnando, assim, pela improcedência dos pedidos formulados.

Apresentou documentação (fls. 94/286).

Na réplica (fls. 290/295), o autor rebateu as assertivas do réu e repisou os argumentos da exordial.

A representante do Ministério Público deixou assente a desnecessidade de sua intervenção no feito (fl. 296).

Rejeitadas as prefaciais, foi determinada a realização de audiência de instrução e julgamento (fls. 297/298), na qual restou julgada improcedente a impugnação à gratuidade judiciária procedida pelo requerido (fls. 300/302).

Apresentados os róis de testemunhas (fls. 308/309), foram colhidos os respectivos depoimentos (fls. 321/330), sobrevivendo as alegações finais de ambas as partes (fls. 331/335 e 339/347), tendo o réu carreado aos autos outros documentos (fls. 348/366), a respeito do que o postulante se manifestou (fls. 372/374).

Julgando o feito (fls. 375/381), o douto Magistrado *a quo* decidiu pela parcial procedência do pedido, nos termos do relatado supra.

Ponderou o insigne prolator, ao reconhecer a configuração apenas do abalo anímico no caso, que *“houve negligência porque, na ala de internação, apesar dos visíveis sintomas de confusão mental, nenhum profissional da saúde agiu de modo a garantir a segurança do paciente”* (fl. 377).

Ademais, consignou que, *“numa ala como a de tratamento de queimados, onde são ministradas drogas com efeitos alucinógenos, procedimentos preventivos não podem ser olvidados, inclusive para a segurança dos próprios funcionários da casa hospitalar”* (fl. 377).

Irresignado com a prestação jurisdicional efetuada, o autor tempestivamente apresentou recurso a este Colegiado. Em sua apelação (fls. 383/388), lastrou o pedido de reforma da sentença no argumento de que, *“tanto os documentos, quanto os depoimentos das testemunhas externam que [...] perdeu parcialmente a capacidade de trabalho e ficou com dificuldade de andar”* (fl. 388), devendo, assim, ser julgados procedentes também os pedidos afetos aos danos materiais e estéticos.

Já o Hospital Municipal São José, a seu turno, igualmente inconformado, interpôs apelo, sustentando que até o dia do incidente o paciente não demonstrou nenhuma alteração no seu comportamento, estando lúcido e comunicativo, de maneira que inexistia, até então, qualquer justificativa para o emprego de eventuais medidas de contenção, a fim de se evitar sua queda.

Ressaltou, ainda, que *“não se pode precisar se o motivo do apelado ter se atirado de uma janela se deu em razão do uso da medicação, da abstinência alcoólica ou em razão de outro fator psicológico”* (fl. 399), estando ausente, assim, o nexo causal a motivar a imposição da obrigação reparatória, mormente porque empregou a terapêutica adequada para o caso, advindo o acontecimento de fator atribuível exclusivamente à vítima.

De toda forma, externou descontentamento no que tange ao *quantum* compensatório, pugnando pela respectiva minoração.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 410/420), o Hospital Municipal São José aplaudiu os fundamentos da sentença, mantendo-se silente o postulante quanto ao recurso da parte adversa (fl. 424).

Ato contínuo, ascenderam os autos a essa Corte.

A digna Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do eminente Procurador Mário Luiz de Melo (fl. 430), deixou de se manifestar a respeito do *meritum causae*.

Recebo os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Objetivam as partes, em sede de apelação, a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos indenizatórios, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Como supedâneo à pretensão recursal, a casa hospitalar sustentou a inexistência de nexos causal capaz de justificar a obrigação reparatória, sobretudo porque o autor recebeu o tratamento adequado para o seu caso, não havendo qualquer conduta negligente do corpo clínico capaz de infirmar entendimento contrário.

Já o ofendido, por sua vez, requereu o reconhecimento dos danos materiais e estéticos também vinculados ao episódio, acolhendo-se, pois, na integralidade a pretensão exordial.

Ultrapassada tal *quaestio*, é de bom alvitre se elucidar, quanto à questão de fundo, que, em se tratando de responsabilidade civil do Estado (*n casu*, de instituição hospitalar vinculada à municipalidade), a regra adotada pela Constituição Federal é a da responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que não necessita de comprovação da culpa.

Aliás, sobre o assunto, cumpre assinalar a lição de Hely Lopes Meirelles:

“O § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina

[...].

Dispõe o § 6º do art. 37: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O 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. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

[...]

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público, e não como pessoa comum. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além da sua competência administrativa. O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração.

Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, por que esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sobre a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

[...]

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos” (in Direito Administrativo Brasileiro, 40ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 742-746 – destaquei).

Neste contexto, segundo as regras expostas na Carta Magna (art. 37, § 6º), o Estado (*in casu*, a entidade pública municipal) responde objetivamente pelos danos causados por ação (atos comissivos) de seus prepostos, o que, todavia, não constitui o caso dos autos.

Como corolário, no que tange à responsabilidade civil decorrente de atos omissivos de seus prepostos, algumas considerações devem ser tecidas.

Com efeito, embora a matéria ainda seja controvertida, ao menos em princípio, nos atos omissivos praticados pelo Poder Público ou cometidos por seus agentes, a responsabilidade daí decorrente terá assento na culpa.

Aliás, a doutrina do Direito Administrativo, capitaneada pelo ilustre

Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, assim tem se manifestado:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva” (Curso de Direito Administrativo. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 895-896).

Lúcia Valle Figueiredo orienta no mesmo sentido:

“No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Deveras ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal 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 o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve 'faute de service'. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente” (Curso de Direito Administrativo, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 269).

Aliás, nesta perspectiva, da jurisprudência sobre o assunto, colhe-se o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS DO CORPO DE BOMBEIROS E SUBJETIVA DO MÉDICO. INEXISTÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E DE CULPA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DA TEORIA SUBJETIVA EM RAZÃO DA SUPOSTA OMISSÃO. EXEGESE DOS ARTS. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 186, 927 E 951 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE AÇÃO/OMISSÃO E, CONSEQUENTEMENTE, DE NEXO CAUSAL. FALECIMENTO DA VÍTIMA EM VIRTUDE DO GRAVÍSSIMO QUADRO CLÍNICO DECORRENTE DE ACIDENTE DE MOTOCICLETA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Quando o ente estatal é acusado de conduta omissiva, a análise do caso deve orientar-se pela teoria da responsabilidade subjetiva. Assim, além da demonstração da culpa, deverá estar comprovado que a omissão estatal foi específica e não meramente genérica e, sobretudo, que ela foi o fator determinante do evento danoso [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0002577- 95.2012.8.24.0030, de Imbituba, Relator. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 20/02/2018).

Não obstante isso, ao se tratar de eventual omissão do Estado, evoluiu a doutrina para o entendimento de que a simples constatação de uma conduta omissiva não será razão suficiente para, por si só, suportar de plano a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Em casos tais, para sua correta elucidação, imprescindível será a investigação sobre a natureza desta omissão, isto é, se específica ou meramente genérica.

Isso porque, sendo genérica, efetivamente será apenas subjetiva a responsabilidade do ente estatal, lastrada, pois, na culpa ou dolo de seu ato ou de seus agentes. Caso contrário, ou seja, havendo omissão específica, isto é, nas palavras do eminente doutrinador alhures citado, Celso Antonio Bandeira de Mello, “[...] só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo”, porquanto hipótese em que objetiva será a sua responsabilidade.

A propósito, discorrendo sobre a diferença entre os tipos de omissão que podem permear a conduta estatal e a sua consequente responsabilidade, elucida o eminente doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

“A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo que merece temperamento aquela parte da doutrina capitaneada pelo insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, pp. 871-872) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano ocorrer de uma omissão do Estado. Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (item 77) e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, ‘não ser correto dizer, sempre, que toda a hipótese proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve seu veículo parado mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso, haverá responsabilidade objetiva do Estado” (Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 261).

Neste diapasão, como evidenciado, situações existirão em que a omissão do Estado será genérica, hipótese em que haverá para o ente público apenas um dever geral de ação, fato em que sua omissão não será o móvel direto do dano sofrido pelo particular.

E, em situações tais, incabível será exigir-se do ente público a onipresença, com o intuito de se evitar todo e qualquer tipo de dano ao indivíduo de forma particularizada, aplicando-se, então, indubitavelmente, a teoria da responsabilidade subjetiva, com seus desdobramentos, na qual, como cediço, haverá a necessidade de, via de regra, haver pela parte a prova da culpa do Estado, em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), para, assim, se evidenciar o dever de reparação do dano ocorrido.

A *contrario sensu*, como conclui Guilherme Couto de Castro, “sendo caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida” (A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel de culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 57).

Aliás, acatando tais ensinamentos, já sedimentado neste Aerópago o entendimento de que *“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)”* (in TJSC, Apelação Cível n. 2011.082751-0, da Capital, Relator: Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 12/08/2014).

Neste contexto, perpassadas tais digressões doutrinárias, vê-se que a hipótese apresentada nos autos configura-se em uma omissão genérica do ente público, motivo pelo qual necessário, *in casu*, restarem demonstrados o dano, a conduta ilícita, com esteio na culpa *lato senso* e o nexos causal entre tal conduta e o fato lesivo, os quais, a meu sentir, não restaram completamente preenchidos.

Isso porque, a assertiva do autor é a de que, por negligência dos profissionais que prestaram atendimento junto ao Hospital Municipal São José, deixou de receber acompanhamento permanente, de modo que, sob o efeito de remédios, atirou-se pela janela do quarto onde estava internado, caindo de uma altura aproximada de 3 (três) andares, daí advindo-lhe as consequências danosas que deveriam ser reparadas pelo demandado.

Não obstante, no caso em testilha, denota-se que Gilmar Jacques deu entrada no nosocômio requerido às 07h56m de 21/04/2011 (fl. 112), apresentando queimaduras de até 3º (terceiro) grau na face, dorso e pescoço, com extensão em cerca de 40% (quarenta por cento) do seu corpo (fl. 117), sofrendo tais consequências porque *“estava esterilizando agulha em panela para aplicar vacina anti-vermes em seu cachorro. Houve contato com álcool e por consequência explosão e contato pele-fogo”* (fl. 348).

Em razão de tal fato, frise-se, permaneceu internado em ala específica para tratamento da referida moléstia, sendo-lhe ministrados medicamentos voltados, sobretudo, ao controle da dor, como dipirona, plasil, ranitidina, captopril, tramal, metadona e prometazina, além da indicação de morfina para o caso de a algia ser de intensidade forte, fármacos devidamente combinados e fornecidos sob prescrição médica (fls. 128/172).

Entrementes, em 25/04/2011, o paciente disse *“ter ouvido vozes de pessoas que queriam matá-lo, mas [...] era alucinação, efeito do remédio”* (fl. 324), daí porque *“jogou-se de uma janela no hospital, mas não lembra de ter feito isso”* (fl. 324), assentando aí a tese de responsabilidade do hospital requerido, eis que, conforme asseverou, *“a atenção dada aos pacientes era insuficiente, em razão de que o quadro exigia acompanhamento permanente”* (fl. 03), mormente porque alguns remédios *“provocavam alterações do controle emocional (angústia) e transtornos psicológicos, especialmente acarretando pânico, sensação de insegurança e falta de noção de espaço e ambiente”* (fl. 03).

De início, urge se consigne que os sintomas relatados pelo postulante vão ao encontro daqueles

que, de modo raro, foram diagnosticados em pacientes usuários de Tramal, consoante informação extraída do item “reações adversas” disposto na respectiva bula, cuja consulta foi efetuada através do sítio eletrônico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Confira-se:

“[...] 9. REAÇÕES ADVERSAS

[...] Transtornos psiquiátricos Rara: alucinação, confusão, distúrbios do sono, delírios, ansiedade e pesadelos. As reações adversas psíquicas podem ocorrer após administração de tramadol que varia individualmente em intensidade e natureza (dependendo da personalidade do paciente e duração do tratamento). Esses efeitos incluem alteração no humor (geralmente euforia, ocasionalmente disforia), alterações em atividade (geralmente supressão, ocasionalmente elevação) e alterações na capacidade cognitiva e sensorial (por ex.: comportamento de decisão, problemas de percepção). Pode ocorrer dependência da droga. Os sintomas das reações de abstinência, similares àquelas ocorrendo durante a retirada de opiáceos, podem ocorrer como segue: agitação, ansiedade, nervosismo, insônia, hipercinesia, tremor e sintomas gastrointestinais. Outros sintomas que foram vistos muito raramente com a descontinuação de tramadol incluem: ataques de pânico, ansiedade grave, alucinações, parestesias, zumbido e sintomas não usuais do SNC (como confusão, ilusões, despersonalização, desrealização, paranoia) [...]” (disponível em <http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?PNuTransacao=13911142016&pIdAnexo=3172590> acesso nesta data).

Todavia, em que pese a similitude do relato com o contido no sobredito excerto médico, convém registrar-se que tal circunstância, por si só, não se presta a evidenciar a robustez e veracidade dos argumentos tecidos na proemial, necessitando-se, para tanto, da confrontação de tais alegações com os demais elementos carreados à lide, a fim de que se possa vislumbrar, com razoável segurança, a plausibilidade do direito perseguido na presente demanda.

E, no que tange ao ponto, necessária vênia, o substrato probatório não confirma o suposto histórico de episódios de ausência de lucidez do autor em momentos anteriores à queda do 3º (terceiro) andar, o que, por conseguinte, inviabiliza o reconhecimento da dita negligência profissional quanto ao quadro psicótico apresentado.

A propósito, na contramão de tais fatos, o relatório de Evolução do Atendimento Multidisciplinar afeto ao período compreendido entre 21/04/2011 a 25/04/2011 (fls. 348/352) revela que o enfermo diariamente mostrou-se calmo, lúcido, comunicativo, contactante e orientado, não apresentando “*nenhum sinal de anomalia psíquica ou de ansiedade que pudesse causar algum tipo de preocupação*” (fl. 329), conforme depoimento da enfermeira Cláudia Leticia Posse.

Aliás, não obstante tenha o autor impugnado tais documentos, referindo serem extemporâneos e que “*em nada inovam nos fatos*” (fl. 374), denota-se que tais escritos se contrapõem ao que foi deduzido por Gilmar Jacques em seu depoimento, mais especificamente quando aludiu que “*teve raros momentos de lucidez em razão dos medicamentos que lhe foram ministrados*” (fl. 324), eis que, consoante se viu, tal alegação não correspondeu à verdadeira representação dos fatos.

Ademais disso, ao contrário do asseverado, revelam, ainda, que, ao dar entrada no estabelecimento hospitalar, o paciente apontou ser ex-tabagista, mantendo o vício quanto ao consumo de bebidas destiladas por aproximadamente 3 (três) vezes na semana (fl. 348), sendo esta, inclusive, uma das

possíveis causas para o quadro psicótico repentinamente apresentado na data de 25/04/2011, conforme parecer da médica psiquiatra Maria Aparecida Nunes Fontana (CRM/SC n. 10.635). Veja-se (fl. 125):

Paciente orientado parcialmente alopsiquicamente. Extremamente sonolento. Nega alucinações no momento. Informação de que é alcoólatra (história), **provavelmente o quadro de agitação/delírio e alucinação tenha origem na abstinência do álcool** [...] (grifou-se).

Por conseguinte, emana totalmente frágil a alegação do autor de que *“só bebia nos finais de semana”* (fl. 324), até porque ele próprio reconheceu que *“no exame de sangue realizado no hospital foi constatado álcool em sua corrente sanguínea”* (fl. 324), isso sem se olvidar que o demandante deu entrada no estabelecimento logo no início da manhã do dia 21/04/2011, uma quinta-feira.

E nem se diga, então, que a inexistência do constante acompanhamento profissional seria fator preponderante para a imposição do dever de reparar ao demandado – já que, embora destacado pelo autor que *“apenas de forma espaçada é que aparecia no setor algum enfermeiro para visualizar a situação dos pacientes”* (fl. 03) –, a mencionada assertiva contraria frontalmente o teor do seu próprio depoimento, ocasião em que asseverou que *“lembra que havia uma enfermeira monitorando os pacientes da ala de queimados”* (fl. 324).

A propósito, corroborando tal afirmação, colhe-se da inquirição da enfermeira Cláudia Letícia Posse que (fl. 329):

[...] Além da depoente, mais duas auxiliares de enfermagem eram responsáveis pelo setor, sendo que isso se repetia a cada turno. Que ao todo são 6 leitos. Que o setor é fechado, mas dependendo do grau de queimadura, é permitido que o paciente caminhe dentro do espaço. Que o quadro de queimadura de Gilmar não era tão grave a ponto dele não poder caminhar no setor, e ele fazia isso [...]. Que a enfermeira viu quando o autor saiu correndo em direção à janela e ela imediatamente foi ao encalço dele para segurá-lo, mas não conseguiu porque ele deu um impulso na cama de outra paciente e atirou-se da janela, sendo que ela *“acabou ficando com seu chinelo na mão”*. [...] Que a depoente não tem conhecimento de qualquer outro acidente semelhante naquele local. Que quando ocorreu o acidente a depoente já trabalhava no setor havia 2 anos, mais ou menos. **Que da posição em que a enfermeira está ela pode visualizar os 6 leitos simultaneamente** [...] (destaquei).

De mais a mais, extrai-se da Comunicação Interna de fl. 100, a informação de que *“as janelas do setor tem um mecanismo de abrir para fora e possuem tela”* e que *“frequentemente as janelas permanecem fechadas devido a climatização”* (fl. 100).

É bem verdade que, no dia dos fatos, as apontadas proteções não foram o bastante para obstar a inusitada investida de Gilmar Jacques, tanto que lançou-se livremente pela abertura, sofrendo uma queda correspondente a 3 (três) andares de altura, daí experimentando fratura de calcâneo direito (fl. 122), cujo *“tratamento para a calcificação deu-se pelo método conservador, em que a regeneração se dá de forma espontânea, sem a intervenção cirúrgica”* (fl. 328), conforme declaração prestada pelo médico ortopedista Leandro Marcantônio Camargo.

Não obstante, em que pese tal circunstância tenha contribuído para a provisória incapacidade laboral do postulante, não se há olvidar que não foi o fator preponderante para que o requerente deixasse de exercer suas atividades inerentes à carpintaria, mormente porque, consoante alhures

consignado, o autor já se encontrava afastado do labor em razão das queimaduras sofridas no acidente doméstico e que motivaram sua internação, não havendo a mínima prova de que, com o superveniente acontecimento, o período de licenciamento tenha se prolongado.

Como corolário, inexistindo qualquer elemento nos autos capaz de evidenciar que o autor teria sido, de fato, tratado de modo desidioso pelo corpo clínico do Hospital Municipal São José, ou que os eventuais sintomas psicóticos apresentados no decorrer do tratamento tivessem sido ignorados pelos referidos profissionais, inviável a imposição do dever de indenizar ao demandado, nos moldes em que pleiteado.

Até porque, urge se consigne, a alegação da testemunha Márcia Regina Fernandes Back no sentido de que presenciou as alucinações do autor no período em que permaneceu internado veio desacompanhada do mínimo critério temporal, não havendo como se aferir, por conseguinte, tratar-se de episódio anterior ou posterior à precipitação do paciente pela janela do quarto, além dela mesma ter relatado que “*não comentou o que presenciou para uma enfermeira*” (fl. 327), inviabilizando, com isso, o conhecimento do assunto por parte da equipe multidisciplinar.

Além do mais, não se há olvidar que tal testigo também referiu que “*Gilmar não era alcoólatra*” (fl. 327), o que, por sua vez, vai de encontro à robustez dos demais elementos probatórios carreados à lide, com isso colocando em dúvida a própria credibilidade das suas alegações no caso.

Via de consequência, considerando que antes do apontado incidente o autor não havia manifestado nenhuma conduta que pudesse reclamar qualquer desconfiança quanto à sua capacidade de discernimento e lucidez na tomada de decisões, assim como não havendo, até aquele momento, o menor indício de que o paciente representasse qualquer risco à sua integridade física ou dos demais sujeitos dispostos na ala médica, imperiosa é a reforma sentença, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Isso porque, ao que se desdome dos autos, não se pode dizer que os prepostos do réu tenham sido desidiosos no que tange aos cuidados devidos ao postulante, muito menos que lhe tenham sido omissos quanto à terapia adequada ao caso, questões que eventualmente suportariam a pretensão proemial, haja vista que configurariam o efetivo desrespeito ao seu dever profissional.

Neste contexto, inexistente conduta negligente por parte do corpo clínico do Hospital Municipal São José – cuja evidenciação competia ao requerente, a teor do estatuído no art. 373, inciso I, do CPC atual –, ausente, da mesma forma, os pretensos danos indenizáveis, ainda que o ofendido tenha fraturado o calcâneo direito em decorrência da queda.

Nesse sentido, já se decidiu, *mutatis mutandis*:

1) APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...] PACIENTE QUE SOFRIA DE ALCOOLISMO E DEPRESSÃO. INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, DEVIDO ÀS LACERAÇÕES NOS PULSOS E NO ABDÔMEN, DECORRENTES DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. AO TENTAR SE EVADIR, JOGOU-SE DA JANELA DO NOSOCÔMIO, VINDO A SER ATROPELADO EM VIA PÚBLICA E FALECEU POUCOS DIAS APÓS A SEGUNDA INTERNAÇÃO. NEXO CAUSAL ENTRE O ÓBITO E O AGIR DOS PREPOSTOS DO HOSPITAL INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE

CIVIL PELO “*EVENTUS MORTIS*” AFASTADA. REFORMA DO JULGADO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS QUE DEVEM SER SUPOSTADOS PELO AUTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O ART. 20, §§ 3º e 4º, DO CPC/73.

“O hospital é responsável pela integridade de seus pacientes e internos, tendo o dever de fiscalização guarda e zelo, recaindo sobre sua pessoa a responsabilidade objetiva, nos termos do que prescreve o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Todavia, não pode ser responsabilizado pela conduta praticada por interno que vem a empreender fuga, assumindo o risco pelos danos que produzir, configurando o evento danoso como culpa exclusiva da vítima, causa excludente de responsabilidade civil, pois mesmo tendo consciência de seu delicado quadro clínico, veio a evadir-se da instituição hospitalar.” (TJ-MS - AC: 8590 MS 2009.008590-2, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva) (TJSC, Apelação Cível n. 0000453-39.2009.8.24.0065, de São José do Cedro, Relator: Des. José Agenor de Aragão, Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 12/07/2018).

2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. PACIENTE QUE SE LANÇA DA JANELA DO TERCEIRO ANDAR DO HOSPITAL RÉU. CONDUITA QUE CULMINA NA SUA MORTE. AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO NÃO CONFIGURADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RECURSO DESPROVIDO.

[...] Consoante o disposto no artigo 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do hospital pela prestação dos serviços é objetiva, somente podendo ser derruída nos casos em que se demonstre a inexistência de defeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

In casu, resultando comprovado que o paciente, repentinamente, evadiu-se do consultório médico e lançou-se da janela do 3º andar do hospital vindo a óbito, caracterizada está a culpa exclusiva da vítima, não havendo como se condenar o Réu ao pagamento de indenização em favor dos Autores, em virtude de falha na prestação dos serviços (TJSC, Apelação Cível n. 2013.062988-6, de Blumenau, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 28/11/2014).

Por conseguinte, tendo em vista a reforma integral do julgamento de Primeiro Grau, fica o apelo do demandante prejudicado.

Como corolário, julgando-se improcedente o pedido indenizatório, redistribui-se os ônus da sucumbência, no sentido de que a parte autora passe a arcar integralmente com as despesas processuais e honorários advocatícios (art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015), estes equitativamente fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), suspensa, contudo, sua exigibilidade, por ser beneficiária da gratuidade judiciária (fl. 17).

Derradeiramente, passa-se, *ex officio*, à análise dos honorários recursais, assentando-se, de início, tratar-se de uma inovação trazida pelo novel Código de Processo Civil, contemplada pelo art. 85, § 1º e 11, que assim se reporta, *verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, **majorará** os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento (sem grifo no original).

Veja-se, portanto, que a partir da presente inovação legislativa a fixação dos honorários recursais tornou-se imperativa, isto é, deve ocorrer independentemente do pedido da parte, tratando-se, pois, de uma consequência lógica da interposição do recurso, dado o modo verbal aplicado ao verbo “*majorar*”, assim como em razão do caráter alimentar de que se reveste tal verba, conforme expressamente reconhecido no § 14, do art. 85, do CPC/2015, vez que, com o apelo, houve a necessidade de trabalho adicional do causídico, nada pois sendo mais adequado do que aumentar a remuneração então arbitrada, eis que, em razão do recurso, o processo inegavelmente teve o seu curso dilatado.

Neste compasso, “*no que tange ao quantum, diante na necessidade de observar os limites quantitativos e os critérios qualitativos, devem ser fixados, independentemente do conteúdo da decisão (art. 85, § 6º, do Código de Processo Civil de 2015), em percentual entre os limites quantitativos de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos critérios qualitativos (art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015)*” (Apelação Cível n. 0300589-09.2015.8.24.0014, de Campos Novos, Relator: Des. Henry Petry Júnior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 12/09/2016).

Dito isso, volvendo-se ao caso em tela, deve o autor arcar integralmente com os honorários recursais, vez que sucumbiu no apelo interposto por seu oponente.

Portanto, majoram-se em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) os honorários a serem suportados pelo requerente, os quais devem ser aditados ao montante instituído pela atuação do causídico do réu no Primeiro Grau.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer do recurso do Hospital Municipal São José e dar-lhe provimento, modificando-se a sentença de Primeiro Grau, nos termos da fundamentação, restando, com isso, prejudicado o apelo do autor.

Honorários recursais fixados *ex officio*.

É como voto.

Apelação Cível n. 0027805-30.2011.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE E ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DE AMBAS AS PARTES.

EXAME PSICOLÓGICO. CANDIDATO REPROVADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PREVIAMENTE FIXADOS. EXCEPCIONALIDADE QUE PERMITE A AVALIAÇÃO DO TEMA PELO PODER JUDICIÁRIO. PROVA PERICIAL QUE ATESTA A APTIDÃO.

Na linha da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, “a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está condicionada à observância de três pressupostos necessários: previsão legal, cientificidade e objetividade dos critérios adotados, e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato” (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.352.415/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 4-6-2013). Com isso, sendo irregular a exclusão no certame e demonstrado que o candidato encontrava-se habilitado para o exercício do cargo, há de ser considerado apto para prosseguir nas demais etapas.

VERBA HONORÁRIA. MAJORAÇÃO PRETENDIDA. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NOS §§ 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC/1973. VALOR MANTIDO.

Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária deve ser fixada por apreciação equitativa e em observância aos critérios qualitativos do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, não sendo necessária a observância de qualquer percentual para seu arbitramento. Se a fixação em primeiro grau estipula remuneração adequada, não há falar em acréscimo.

PREQUESTIONAMENTO. IMPERTINÊNCIA.

É desnecessária a manifestação expressa desta Corte acerca de dispositivos legais invocados com a finalidade de atender pleito de prequestionamento, sobretudo quando o fundamento adotado para decidir encontra-se claramente exposto no *decisum*.

APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS; REMESSA OFICIAL CONHECIDA, COM MANUTENÇÃO DO JULGADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0027805-30.2011.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que são apelantes e apelados Estado de Santa Catarina e Leonardo Nunes Avila.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento; e conhecer da remessa oficial, mantendo-se o julgado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 2 de agosto de 2018, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Senhor Doutor Onofre José Carvalho Agostini, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 21 de agosto de 2018.

Desembargador Odson Cardoso Filho

Relator

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, Leonardo Nunes Avila ingressou com ação declaratória c/c obrigação de fazer em face do Estado de Santa Catarina.

Narra a exordial que o autor participou do concurso público deflagrado pelo Edital n. 001/SSP/DGPC/ACADEPOL/2010, para os cargos de Agente e de Escrivão da Polícia Civil, tendo sido aprovado na primeira etapa, bem como no exame físico posterior; contudo, foi considerado inapto na avaliação psicológica e excluído do certame, sem qualquer critério objetivo preestabelecido, mesmo após a interposição de recurso administrativo. Daí postular, inclusive em sede de tutela antecipada, a declaração de nulidade da avaliação psicológica e então assegurado o direito do demandante de participar das demais etapas do certame ou, sucessivamente, seja desconsiderado o resultado dos testes de Destreza, Precisão e Entrevista, com declaração de habilitado; e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade do inciso I do art. 28, e do art. 31, ambos da Lei Complementar n. 453/2009, com as devidas consequências (fls. 2-22).

O pleito liminar foi deferido para “determinar que seja suspenso o resultado de inaptidão no exame psicológico, propiciando que o autor prossiga nas demais etapas do concurso” (fls. 111-115).

Opostos embargos de declaração (fls. 118-119), os quais acolhidos para, em caso de sucesso nas demais fases, determinar a inclusão do acionante no curso de formação (fl. 120).

Formada a relação jurídica processual, observado o contraditório e finda a instrução, o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido veiculado na inicial, a fim de afastar a reprovação no exame psicotécnico. O *decisum*, ainda, condenou o demandado ao adimplemento dos honorários advocatícios, os quais fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais - fls. 233-240).

Descontentes, os litigantes apelaram.

Em suas razões, o Estado aduz que [a] o exame psicotécnico em questão possui previsão legal, bem como sua forma e conteúdo foram objetivamente descritos no edital, além do resultado ser público -, preenchendo-se, então, todos os requisitos de validade; [b] a decisão de inaptidão foi fundamentada e o demandante teve seu direito de recurso garantido; [c] a prova pericial produzida nos autos não é apta a afastar o laudo oficial da equipe julgadora; e [d] não pode o Judiciário interferir nos critérios de avaliação utilizados pela banca examinadora. Postula, com isso, a reforma da sentença para julgar totalmente improcedente a pretensão exordial. E, ainda, prequestiona a matéria (fls. 243-254).

O autor, por sua vez, pretende somente a majoração da verba honorária (fls. 255-257).

Com contrarrazões (fls. 262-268), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso do ente estatal, dizendo de sua não intervenção no apelo autoral (fls. 273-278).

É o relatório.

VOTO

Cumprido pontuar, inicialmente, que, tendo a sentença proferida sido publicada em 6-11-2014 (fl. 241), isto é, quando ainda em vigência o Código de Processo Civil de 1973, o caso será analisado sob o regramento do Diploma revogado, ressalvadas eventuais normas de aplicação imediata.

Diante disso, os recursos apresentam-se tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual merecem ser conhecidos.

Destaca-se, ainda, que a decisão de primeiro grau está sujeita ao reexame necessário por expressa dicção do art. 475, I, do Código de Processo Civil de 1973 e da Súmula n. 490 do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual a remessa será analisada em conjunto com os recursos voluntários.

1. Do mérito

Pretende o Estado ver afastado o reconhecimento da aptidão psicológica de Leonardo; para tanto, sustenta que o exame em discussão ocorreu dentro da legalidade, tendo o autor sido considerado inapto em consonância com as regras editalícias, bem como que a prova pericial produzida nos autos não é suficiente para arrear o laudo oficial da equipe julgadora do certame.

Contudo, sem razão!

Na linha da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que

a realização do exame psicotécnico, bem como psicológico, está acobertada não apenas pela legislação (Lei Estadual nº 6.218/83), mas, principalmente, pela racionalidade e essência em face dos requisitos necessários à função da carreira policial. Contudo, a subjetividade deste não pode ser aceita, sob pena de arbítrio por parte do Administrador. **Nota-se, compulsando os autos, que o edital é silente sobre o detalhamento do referido teste, bem como as informações da autoridade coatora nada mencionam sobre o critério utilizado para aplicá-lo. Desta forma, correta é a decretação de sua ilegalidade, com a conseqüente invalidação deste** (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15.676/SC, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 16-12-2003). (grifei)

Ainda:

[...] a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está condicionada à observância de três pressupostos necessários: **previsão legal, cientificidade e objetividade dos critérios adotados, e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato** (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.352.415/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 4-6-2013). (destaquei)

Em sendo assim, possível ao Poder Judiciário enfrentar, em situação de excepcionalidade, as razões que levaram à eliminação do candidato, aliado ao fato de que Leonardo foi considerado apto tanto no laudo particular por ele apresentado (fls. 68-74) quanto na perícia judicial produzida em primeiro grau (fl. 210 e 217).

Vale destacar que incontroversa a legalidade e imprescindibilidade da exigência da etapa psicológica em concurso público para ingresso nos quadros da Polícia Civil. A discussão, agora, cinge-se à regularidade do resultado que considerou o candidato inapto, como também em relação à objetividade dos critérios utilizados no exame.

In casu, as provas carreadas ao longo do processado indicam que a avaliação psicológica e seu resultado deixaram de antecipar e observar critérios mínimos, passíveis de aferição, exigíveis em razão do pensamento jurisprudencial dominante.

Isso porque o instrumento convocatório previu o referido teste de maneira genérica, sem descrever de forma clara os critérios de aplicação e obtenção do resultado, tudo isso nos seguintes termos:

18.2. DAS NORMAS PARA A AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

18.2.1. Na Avaliação Psicológica serão utilizadas técnicas psicológicas devidamente reconhecidas pelo Conselho Federal de Psicologia.

18.2.2. A Avaliação Psicológica será realizada mediante o emprego de um conjunto de procedimentos científicos, que permitam identificar aspectos psicológicos do candidato para fins de prognóstico do desempenho das atividades relativas ao perfil profissiográfico do cargo de Agente de Polícia e Escrivão de Polícia, definido no item 2.2 deste Edital.

18.2.3. Os aspectos psicológicos avaliados deverão indicar os candidatos que possuem características intelectivas, cognitivas e de personalidade compatíveis com a multiplicidade de atribuições do cargo para o qual se inscreveram, e contra-indicar aqueles que apresentam características psicológicas incompatíveis para as atribuições do cargo a que concorrem.

18.2.4. Serão ainda analisados aspectos psicológicos de capacidade de concentração e atenção, raciocínio, memória, fluência verbal, julgamento e percepção, devendo o candidato obter desempenho mínimo de nível médio, e possuir atributos de personalidade que permitam concluir pela adequação ao perfil profissiográfico do cargo pretendido, como condição para ser considerado APTO na Avaliação Psicológica.

18.2.5. O Exame de Avaliação Psicológica é eliminatório, e o candidato poderá obter um dos seguintes resultados:

- a) APTO - candidato apresentou perfil psicológico compatível com o perfil profissiográfico exigido para os cargos de Agente de Polícia Civil e Escrivão de Polícia Civil;
- b) INAPTO - candidato não apresentou perfil psicológico compatível com o perfil profissiográfico exigido para os cargos de Agente de Polícia Civil e Escrivão de Polícia Civil;
- c) FALTANTE - significando que o candidato não compareceu a Avaliação Psicológica ou deixou de realizar qualquer uma das etapas que compõem esta avaliação.

18.2.6. Para a Avaliação Psicológica recomenda-se ao candidato que esteja no local de realização com pelo menos meia hora de antecedência em relação ao seu início, e que esteja munido de lápis preto nº. 02 e caneta esferográfica com tinta azul ou preta.

18.2.6.1. O candidato somente será autorizado a realizar a Avaliação Psicológica mediante a apresentação do Documento de Identidade Oficial, original ou fotocópia autenticada em cartório, conforme relação explicitamente estabelecida neste edital.

18.2.7. Ficará impedido de realizar a Avaliação Psicológica o candidato que comparecer em horário além do estabelecido no documento de convocação.

18.2.8. Não haverá, em hipótese alguma, segunda chamada para a Avaliação Psicológica, nem sua realização fora do horário e local marcado no documento de convocação. (fl. 43-44)

Do excerto, percebe-se que não foram detalhados os aspectos psicológicos a serem considerados, bem como os parâmetros a indicar o desempenho, além da aferição mínima necessária à aprovação. Muito diferente, por exemplo, é o que se percebe da leitura da previsão editalícia quanto à prova de capacidade física (fls. 40-43).

Nesse sentido, consoante pontuou o juiz singular,

[...] a descrição editalícia a respeito dos critérios a serem usados é insatisfatória. Ora, ali consta uma série de clichês, apontando-se, por exemplo, que serão apurados fatores como inteligência e personalidade compatíveis com o cargo. Isso, porém, é de uma vagueza muito preocupante. Debita-se à compreensão pessoal do examinador a definição a respeito do acesso a um cargo público. É poder que não se entrosa com o sistema constitucional, o qual prevê que o acesso às funções estatais seja democrático justamente para impedir discriminações. (fl. 235)

Dessarte, inegável a irregularidade do teste de aptidão psicológica aplicado.

Some-se, ainda, que acostado parecer psicológico trazido pelo demandante às fls. 68-74, em 6-5-2011, menos de um mês depois do teste realizado pela banca avaliadora do concurso, o qual concluiu que “o processo de exame de avaliação psicológica em sua totalidade é atécnico e, portanto, inválido sob o ponto de vista da Ciência Psicológica”.

Além disso, na fase instrutória, a prova pericial considerou o autor habilitado, com a seguinte conclusão: “Leonardo apresentou neste processo de avaliação pericial desempenho que permite concluir pelo resultado de APTO a exercer os cargos de Agente e Escrivão de Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, considerando os requisitos mínimos exigidos para o exercício das funções de Agente e Escrivão de Polícia, conforme previsão do Edital n. 001/SSP/DGPC/ACADEPOL/2010” (fl. 217).

Com efeito, tais laudos demonstram que o acionante, no que concerne à avaliação psicológica, encontra-se habilitado para o exercício do cargo, tanto de Agente quanto de Escrivão.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO REPROVADO NA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DO EXAME. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. LAUDO PERICIAL ATESTANDO A CAPACIDADE DO AUTOR PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. APTIDÃO RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PRESERVADA.

“”O resultado negativo de exame psicotécnico realizado perante a Comissão do Concurso pode ser infirmado por Laudo Pericial judicial que constata a higidez mental e a aptidão do candidato para o cargo constante do edital” (Apelação Cível n. 2008.062572-7, da comarca da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 5-3-2009) (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2013.042864-8, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu, j. 27-8-2013) (Apelação Cível nº 2015.010565-0, da Capital. Relator Desembargador Cid Goulart, julgado em 19/05/2015)” (AC n. 2015.053044-4, da Capital, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 15-12-2015).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJSC, Apelação / Reexame Necessário n. 0038303-93.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 18-7-2017).

Também:

CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO. LAUDO PERICIAL JUDICIAL COM RESULTADO DIVERSO. PROSSEGUIMENTO NO CERTAME.

Demonstrada, por meio de prova pericial, aptidão psíquica do candidato para o desempenho de atividades inerentes ao cargo ao qual concorre uma vaga, em concurso público, é recomendável a anulação do exame psicotécnico no qual foi reprovado, para que prossiga no concurso. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.008995-8, da Capital, rela. Desa. Sônia Maria Schmitz, j. 7-3-2013).

Assim, bem sentenciou o magistrado singular ao considerar o candidato apto para prosseguir nas demais etapas do certame, devendo-se manter incólume a decisão objurgada.

2. Dos honorários advocatícios

Conforme lição de comum sabença, ao fixar os honorários advocatícios nas ações em que foi vencida a Fazenda Pública, como é o caso dos autos, o magistrado deve observar os requisitos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 20. [...]

§ 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.

Com isso, não sendo obrigatória a observância de qualquer percentual para seu arbitramento e atendendo aos critérios estabelecidos nas alíneas a, b e c, § 3º, art. 20, do CPC/1973, tenho que o valor fixado, qual seja, R\$ 2.000,00 (dois mil reais), não comporta qualquer alteração, remunerando condignamente o profissional que bem atuou na defesa de seu constituinte, espelhando zelo e dedicação.

Por isso, conservo-os nos termos definidos em primeira instância.

3. Do prequestionamento

Incabível, por fim, o acolhimento do pedido de prequestionamento, formulado nas razões recursais (fl. 254), pois este se mostra impróprio e inadequado, eis que todas as questões relacionadas ao objeto da irresignação mereceram análise e deliberação, fundadas na motivação acima exposta.

Absolutamente dispensável emitir juízo a respeito de dispositivos legais utilizados para decidir, pois apenas se almeja, com o recurso, a correspondente e precisa revisão do julgado prolatado pelo órgão jurisdicional de primeiro grau.

4. Conclusão

Ante o exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento; mantendo-se o julgado também em reexame necessário, tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 4017308-79.2016.8.24.0000, de Itajaí

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRRESIGNAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRETENSA DETERMINAÇÃO DE CONTRACAUTELA À PARTE. ALEGADA NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE LAUDO MÉDICO ATUALIZADO A CADA 90 DIAS. CONTRACAUTELA QUE SE MOSTRA PRUDENTE NO CASO CONCRETO. TRATAMENTO PELO PRAZO DE 10 ANOS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA CONTINUAÇÃO DO USO DO FÁRMACO QUE SE IMPÕE. PRAZO DE 90 QUE SE MOSTRA ÍNFIMO. DEMONSTRAÇÃO A CADA 6 MESES QUE SE AFIGURA RAZOÁVEL E CONDIZENTE COM A REALIDADE APRESENTADA. DECISÃO ACRESCIDA NO PONTO
RECURSO CONHECIDO E PARCILAMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 401708-79.2016.8.24.0000, da comarca de Itajaí Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb. em que é Agravante Estado de Santa Catarina e Agravado Josiane Aparecida Guidi Magarotto.

A Quinta Câmara de Direito Público, decidiu por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para determinar que a parte autora, ora agravada, demonstre, a cada 6 meses, a necessidade de continuação do tratamento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Presidente Hélio do Valle Pereira e Wilson Fontana.

Florianópolis, 22 de novembro de 2018.

Desembargador Artur Jenichen Filho

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão proferida pelo juízo da Vara da Fazenda Pública e Fisc. Acidentes do Trab e Reg Público da Comarca de Itajaí que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Materiais e Morais n. 0316205-8.2016.8.24.0008, deferiu o pedido de tutela antecipada, nos seguintes termos:

I Ante o exposto, presentes os requisitos necessários para tanto, DEFIRO o pedido de tutela provisória de urgência para determinar que a parte ré forneça à parte autora, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, o medicamento

Aromasin (exemestano) 25 mg, 01 (um) comprimido ao dia, durante 10 (dez) anos, conforme documento de p. 58/59. Havendo o descumprimento da presente decisão, realizar-se-á o sequestro de valores, conforme art. 497 do Código de Processo Civil. Poderá o Estado de Santa Catarina reaver da parte autora, mediante desconto em folha de pagamento, os valores por ela devidos a título de coparticipação, desde que respeitado o limite de 20% de remuneração (art. 13 da Lei Complementar n. 306/2005), excluídos os valores percebidos a título de férias, 13 salário e outros estipêndios de caráter indenizatório (art. 13, § 2º).

II Defiro as benesses da justiça gratuita à parte autora.

III Deixo de designar audiência de conciliação, na forma do art. 334 do Código de Processo Civil, por reputar improvável o consenso, salientando, todavia, a possibilidade de conciliação em qualquer fase do processo.

IV Intimem-se a parte ré para cumprir a presente decisão, bem como cite-se para, querendo, oferecer resposta, por petição, no prazo de 30 (trinta) dias úteis (art. 183 do CPC).

V Apresentada resposta, intime-se a parte autora para se manifestar em 15 (quinze) dias úteis (art. 350 do CPC).

VI Determino a tramitação preferencial do feito, com fulcro no art. 1.048, I do Código de Processo Civil. Promovam-se as identificações necessárias e capazes de evidenciar o regime de tramitação prioritária, nos moldes firmados no art. 1.048, § 2º, do Código de Processo Civil.

Negado o efeito suspensivo (fl. 12-13) e transcorrido in albis o prazo para apresentação das contrarrazões (fl. 16), lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke, a qual manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, tão somente no que tange a fixação da contracautela (fl. 20-23).

Este é o relatório.

VOTO

Cinge-se o recurso em analisar a possibilidade de determinação de contracautela à parte autora, ora agravada, consistente na apresentação de receita médica atualizada, a cada 90 dias, com o fim de comprovação da continuidade do tratamento indicado pelo médico.

De plano, convém ressaltar que a insurgência merece ser parcialmente acolhida.

E para fundamentar tal assertiva, com base no artigo 150 do Regimento Interno desta Corte, transcreve-se parte do parecer muito bem elaborado pela Exma. Procuradora de Justiça, Sra. Dra. Hercília Regina Lemke, in verbis (fl. 20-23):

[...] A alegação apresentada pelo agravante sobre a necessidade de apresentação de receita médica atualizada trimestralmente, como medida de contracautela, merece prosperar em parte.

Observa-se dos autos que a autora, ora agravada, é portadora de câncer de mama, e necessita de tratamento oncológico pós-cirúrgico com o medicamento AROMASIN 25mg, pelo período aproximado de 10 (dez) anos, conforme laudo médico de fls. 58/59 (dos autos principais), assinado pela médica oncologista Dr. Grazielle cristina Felipe (CRM/SC 10931).

Na decisão interlocutória de fls. 94/100 a douta Magistrada a quo deferiu o pedido de tutela provisória de urgência, determinando que o requerido forneça o medicamento pleitado para o tratamento do câncer de mama, pelo prazo de 10 (dez) anos. No entanto, a aludida decisão não fixou contracautela.

In casu, embora o câncer caracterizar doença grave, a fixação de contracautela configura medida razoável, visto que o tratamento é de longo prazo e podem ocorrer alterações no quadro de saúde da autora/agravada ou surgir novos medicamentos para o tratamento da doença.

Neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - PEDIDO DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS (GABAPENTINA 300 MG E OUTROS) - NECESSIDADE DOS FÁRMACOS PARA TRATAMENTO DE CARDIOPATIA HIPERTENSIVA E DIABETES - EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS À SAÚDE, PORQUANTO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO, EXIGÍVEL PELO CIDADÃO EM FACE DE ESTADO - ESTABELECIMENTO NA SENTENÇA DE PRESTAÇÃO DE CONTRACAUTELA ENQUANTO PERDURAR A NECESSIDADE - EXIGÊNCIA RAZOÁVEL - MANUTENÇÃO - MULTA DIÁRIA - QUANTUM ARBITRADO DE FORMA EXORBITANTE À REALIDADE DOS FATOS - MINORAÇÃO DAS ASTREINTES - PROVIMENTO PARCIAL. (grifei)

No entanto, o prazo de 90 dias para apresentação de receita médica configura-se exíguo, considerando a gravidade da doença, a intensidade dos efeitos colaterais do tratamento, e a conseqüente demora na evolução do quadro de saúde.

Isto posto, a exigência de contracautela torna-se necessária, uma vez que esta demonstrará a evolução do tratamento e a necessidade da continuação do uso do medicamento deferido pelo Juízo a quo. No entanto, verificada a exiguidade do prazo de 90 dias requerido pelo Estado de Santa Catarina em relação ao caso concreto, deve o prazo ser estabelecido em tempo superior. [...]

Assim, evidenciada a necessidade da fixação da contracautela e em prazo superior a 90 dias, mostra-se razoável e condizente com a realidade dos autos determinar a comprovação da continuação do tratamento a cada 6 meses.

À vista do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para determinar que a parte autora, ora agravada, demonstre, a cada 6 meses, a necessidade de continuação do tratamento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003880-37.2013.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Desembargador Hélio do Vale Pereira

RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIA – TRATAMENTO FORNECIDO PELO SUS – INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA – PROCEDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR – REEMBOLSO – INADMISSIBILIDADE.

1. Há direito constitucional à proteção da saúde, mas isso não vale por um seguro. Os gastos suportados pelas próprias forças perante o sistema privado não são reembolsáveis, ainda mais quando o SUS fornece (e no caso efetivamente fornecia) tratamento ao paciente. Na situação, inclusive, o paciente interrompeu a assistência e migrou para a rede privada.

2. Quem arca com os custos de tratamento médico (pelas próprias riquezas ou pelo concurso de familiares) não é hipossuficiente no sentido de reclamar o reembolso estatal por despesas.

Critério econômico que é eleito pela jurisprudência para a atenção judicial à saúde (TJSC, IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054, rel. Des. Ronei Danielli; Tema 106 do STJ).

3. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003880-37.2013.8.24.0022, da comarca de Curitiba – 2ª Vara Cível em que é Apelante Anderson Suchara e Apelado o Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski e Vilson Fontana.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador Hélio do Vale Pereira
Presidente e relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Anderson Suchara em face do Estado de Santa Catarina pretendendo o ressarcimento de despesas médicas custeadas em clínica particular sob o argumento de que o direito à saúde deve ser assegurado pelo Poder Público por todos os meios.

No seu relato, padece de “deslocamento de retina e palidez de nervo óptico compatível com atrofia óptica (CID H33 e H47.2), seqüela gravíssima contraída de acidente, que poderia acarretar na perda total de visão” (fls. 3).

Alega que procurou o SUS para realizar a intervenção médica e somente recebeu tratamentos paliativos pelo período de cinco anos, o que agravou a sua enfermidade, resultando na urgência de realizar procedimento cirúrgico que foi negado pelo Sistema Único de Saúde. Diante da evolução da doença, socorreu-se de unidade particular para realizar tratamento adequado a fim de evitar a iminente cegueira. Por isso, pretende o reembolso dos dispêndios médicos.

O Estado de Santa Catarina rebateu informando que o demandante estava sendo tratado pelo SUS com as medidas médicas cabíveis – e não paliativas – e voluntariamente buscou a rede particular para ter uma “segunda opinião” sobre o caso, mesmo havendo indicação médica expressa para que não realizasse a cirurgia tendo em vista que não haveria melhora com o procedimento (fls. 45-47). Sustentou que não cabe o ressarcimento por despesas médicas acerca de tratamento disponibilizado a todos gratuitamente pelo SUS bem como inexistente nexos causal entre a conduta do Estado e os danos suportados pelo autor, de modo a desonerar a Administração Pública. Defendeu que o SUS mantém uma fila de espera para atendimento e o demandante não logrou êxito em comprovar que a sua situação era mais grave ou urgente do que a dos outros pacientes e por isso deve obedecer ao princípio da isonomia.

A sentença acatou os argumentos do Estado, dando pela improcedência dos pedidos.

O autor – no recurso – reitera a tese da exordial, acrescentando a prova testemunhal como respaldo à urgência da cirurgia, de modo a justificar a busca pelo tratamento particular em detrimento do SUS.

Houve contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça negou interesse no feito.

VOTO

1. A sentenciante não reconheceu a responsabilidade do Estado de Santa Catarina para ressarcir as despesas por realização de cirurgia em estabelecimento particular sob o argumento de que o demandante não teve sucesso em comprovar que o agravamento de sua enfermidade ocorreu por falha no serviço público tampouco por negligência da Administração Pública. Em suma, não se admitiu o nexos causal.

2. Não vejo como permitir que o Estado de Santa Catarina acabe servindo como um “seguro-saúde”, um agente que reembolsaria os tratamentos particulares desejados pelos potenciais usuários do SUS.

A proteção judicial do direito à saúde, é bem verdade, deve ser assegurada a todos (art. 196 da Constituição Federal) e pelas três esferas da Administração Pública. Todavia, a satisfação deste direito há de ser realizada por meio de políticas públicas de acesso universal, não comportando o financiamento pelo Poder Público de tratamentos realizados em estabelecimentos privados.

Caso assim o fosse, bastaria que o cidadão optasse por procedimentos particulares visando ao reembolso pela Fazenda Pública sob a guarida da garantia do direito à saúde. Isso, ainda, se caracterizaria em um pagamento dúplice pela Fazenda Pública em relação à saúde, posto que já existe o oferecimento de assistência médica pelo SUS de forma gratuita para o indivíduo.

Ainda que se compreenda que o direito à saúde seja, de fato, um dos mais valiosos, é necessário estabelecer parâmetros para sua concretização de forma a respeitar a *reserva do possível*. É excessivamente oneroso para o Estado – e por consequência, para a sociedade – subsidiar tratamento individual com recursos públicos.

Além disso, tal circunstância fere a isonomia haja vista que está se concedendo privilégios a um em detrimento dos demais que, inclusive, não podem se socorrer de outras formas de assistência hospitalar como o acionante.

3. De outro lado, o SUS não abandonou o autor.

Um profissional de excepcional qualificação, o Doutor Ernani Luiz Garcia, expôs que não considerava sequer que a cirurgia fosse uma boa opção nas circunstâncias detectadas à época, tanto que o próprio recorrente diz que foi à procura de uma “segunda opinião” (fls. 162).

A propósito, este excerto da sentença da Juíza Karina Maliska Peiter é elucidativo, abordando a situação no momento em que o autor ainda era atendido pelo SUS (fls. 155):

Inclusive, o médico Ernani Luiz Garcia, que prestava os atendimentos médicos pelo SUS e acompanhou o autor desde o surgimento da patologia até o desenvolvimento de nova situação clínica, foi ouvido como testemunha do réu (fl. 143), relatando o seguinte:

“[...] foi constatado um descolamento importante de retina com lesão do nervo óptico [...] ele foi encaminhado para o setor de retina e foi constatado que era um quadro de difícil resolução, a acuidade visual estava extremamente comprometida e que o resultado cirúrgico não seria a melhor opção, não teria um bom resultado, então não foi indicada a cirurgia e se perdeu o contato com o paciente [...] o paciente ia ouvir uma outra opinião, foi buscar um serviço privado”.

As razões da não indicação da cirurgia para o caso do autor encontram-se a fl. 72, onde o médico descreveu que **“no momento do descolamento de retina as chances de recuperação eram nulas e os benefícios do procedimento cirúrgico estavam reduzidos e excediam os riscos cirúrgicos (phthisis bulbi infecção, inflamação)”**.

Assim, para fazer jus ao ressarcimento deveria o autor ter provado que a cirurgia era indicada para seu caso sem quaisquer riscos ou, ainda, que o procedimento foi negado no âmbito do SUS, incumbindo-lhe provar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC.

4. Há um aspecto adicional.

O autor, ainda que alegue insuficiência de recursos, conseguiu por seu próprio esforço pagar pelo procedimento cirúrgico, o que nem sequer configura a hipossuficiência financeira no sentido jurídico do termo. Hipossuficiente, na situação, seria quem está **absolutamente** impossibilitado de arrecadar fundos para suprir sua necessidade de atendimento médico, seja por riquezas próprias, seja pelo círculo familiar.

Atente-se nessa linha ao deliberado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça a propósito do tema:

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).

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 (TJSC, IRDR 0302355-11.2014.8.24.0054 - rel. Des. Ronei Danielli)

Não fosse assim, como já exposto, o direito constitucional à saúde, no caso, seria direcionado a medidas reparatórias, uma espécie atípica de seguro-saúde. É dizer, a pessoa suportaria por suas forças financeiras o tratamento, cabendo à Administração depois fazer o reembolso.

Já se decidiu deste modo:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. REEMBOLSO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE CIRURGIA CARDÍACA. IMPROCEDÊNCIA. RECLAMO PRINCIPAL. PRELIMINAR. SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INQUIRição DE TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTTIVADO. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. DESPESAS COM CIRURGIA EM CLÍNICA PARTICULAR. ATO VOLITIVO DO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE DE REPOSIÇÃO DO VALOR DESPENDIDO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO. INOCORRÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AÇÃO JULGADA TOTALMENTE IMPROCEDENTE. NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO ELEMENTAR DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. (AC 2014.066482-1, rel. des. Ricardo Roesler, Quarta Câmara de Direito Público)

Tenho que se a pessoa, independentemente dos meios, logrou o atendimento, não há por que convocar a Administração a suportar o custo.

5. Assim, conheço e nego provimento ao recurso.

Majoro os honorários advocatícios para um total de 15% à vista do insucesso do recurso.

É o voto.

Apelação Cível n. 0001181-80.2014.8.24.0073, de Timbó

Relator: Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

PEDIDO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO RANIBIZUMABE (LUCENTIS).

AUTORA HOJE COM 83 ANOS, PORTADORA DE DEGENERAÇÃO MACULAR NEOVASCULAR.

SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO, DIANTE DA CONCLUSÃO DA PERÍCIA JUDICIAL DE QUE O FÁRMACO PODE SER SUBSTITUÍDO POR OUTRO FORNECIDO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE.

(1) INSURGÊNCIA DA AUTORA.

(A) DEFENDIDA A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO REMÉDIO REQUERIDO NA INICIAL.

ACOLHIMENTO.

MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS.

JULGADOR NÃO ADSTRITO À PROVA TÉCNICA.

PERITO JUDICIAL QUE NÃO É ESPECIALISTA NA PATOLOGIA QUE ACOMETE A AUTORA.

DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS, CONFECCIONADOS POR MÉDICOS ESPECIALIZADOS EM OFTALMOLOGIA, ATESTADO A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO REMÉDIO REQUERIDO NA INICIAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO.

REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL TRAÇADOS POR ESTA CORTE NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR N. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000.

PRESSUPOSTOS ATENDIDOS.

MEDICAMENTO DEVIDO.

(B) CONSECTÁRIOS.

ESTADO ISENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS (ART. 33 DA LEI COMPLEMENTAR N. 161/1997).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM R\$ 1.000,00 (MIL REAIS), NOS TERMOS DO ART. 85, §§ 2º E 8º, DO CPC).

RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO PARA CONDENAR O ESTADO DE SANTA CATARINA AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO REQUERIDO NA INICIAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001181-80.2014.8.24.0073 da comarca de Timbó 2ª Vara Cível em que é Apelante Edla Wackerha e Apelado Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso da autora e

dar-lhe provimento para: (a) condenar o Estado de Santa Catarina ao fornecimento do medicamento requerido na inicial, mediante a contracautela estabelecida na fundamentação do acórdão; (b) condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de honorários advocatícios em favor da demandante no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Hélio do Valle Pereira, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Vilson Fontana.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Murilo Casemiro Mattos.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2018.

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de **apelação cível** interposto por **Edla Wackerha** contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da **ação de obrigação de fazer/dar n. 0001181-80.2014.8.24.0073**, ajuizada contra o **Estado de Santa Catarina**.

1.1 Desenvolvimento processual

Adota-se o relatório da sentença proferida pela magistrada singular Fabíola Duncka Geiser (fls. 157-158):

“Trata-se de ação cominatória, com pedido de tutela provisória, ajuizada por Edla Wackerha em face do Estado de Santa Catarina, todos já qualificados, na qual objetiva a condenação do réu ao fornecimento do medicamento “Lucentis”.

Sustentou a parte autora, em síntese, que: a) paciente é portadora de “DMRI Neovascular - CID H35.3”; b) necessita do aludido medicamento para tratamento da enfermidade; c) o réu não fornece o fármaco solicitado, sob o argumento de que o medicamento não está padronizado, porquanto não faz parte de nenhum dos programas do Ministério da Saúde.

Juntou procuração e documentos às fls. 6/28.

Deferida a antecipação da tutela (fls. 29/31), sobreveio contestação do Estado de Santa Catarina (fls. 38/56), o qual arguiu, preliminarmente, pela intimação da parte autora para emendar à inicial, a fim de juntar declaração médica em conformidade com a Recomendação COMESC n. 01, de 30/07/2012. No mérito, discorreu sobre a impossibilidade do fornecimento de medicamento não padronizado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais.

Réplica às fls. 79/86.

Saneado o feito às fls. 87/89.

Inconformado com a decisão que rejeitou a preliminar de inépcia da inicial e indeferiu o pedido para realização de estudo social, o Estado de Santa Catarina interpôs agravo retido às fls. 93/95.

Contrarrazões ao agravo retido às fls. 101/104.

Após a realização de prova pericial, cujo laudo encontra-se acostado às fls. 131/134, sobreveio manifestação das partes (fls. 139/143 - autora e fl. 154 - ré).

O Ministério Público se manifestou às fls. 155/156, requerendo a complementação da perícia.

Além disso, a parte autora noticiou o descumprimento da tutela antecipatória (fls. 139/143)."

A causa foi valorada em R\$ 54.224,64 (cinquenta e quatro mil, duzentos e vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos – fl. 5).

1.2 Sentença

A magistrada Fabíola Duncka Gêiser julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o medicamento requerido pode ser substituído por outro fornecido pelo SUS, nos seguintes termos (fls. 158-160):

“[...]”

Com efeito, analisando a hipótese vertente, denota-se, a partir dos documentos colacionados aos autos, que o pedido inicial não merece guarida.

Isso porque, apesar de devidamente comprovada a moléstia que acomete a autora (fl. 09), o medicamento requerido para o respectivo tratamento pode ser substituído por outro fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS, com a mesma eficácia.

É o que se depreende da perícia judicial, na qual o perito afirmou que é “Pleiteado o Ranibizumabe (Lucentis) que pode ser substituído sem diferença maior pelo Bevacizumabe (Avastin). Este último é disponível no SUS.” (quesito ‘a’, fl. 131).

Além disso, o perito judicial informou que não haverá prejuízo à saúde da paciente ou insucesso no tratamento, bem como que o medicamento pleiteado possui os mesmos efeitos e eficácia daquele ofertado pelo SUS (questos ‘c’, ‘e’ e ‘g’, fls. 131 e 132).

Portanto, uma vez que se o ente público fornece medicamento adequado para o tratamento da doença que acomete a autora, não há motivos para compeli-lo a prover remédio diverso. Nesse sentido, já decidiu o TJSC:

“[...]”

Dessa forma, a improcedência do pedido é medida de rigor.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial por Edla Wackerha em face do Estado de Santa Catarina, com análise do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Em consequência, REVOGO a tutela de urgência de fls. 29/31. Condene a parte autora, no mais, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao procurador do réu, os quais fixo em 10%, nos moldes do art. 85 do CPC. Fica essa condenação suspensa porque a parte é beneficiária da gratuidade judiciária (art. 98 do CPC c/c a Lei n. 1.060/1950).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitado em julgado, arquivem-se.”

1.3 Apelação Cível interposta pela demandante Edla Wackerha (fls. 162-181)

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação.

Alegou, em síntese, que o perito judicial não é especialista na patologia que lhe acomete e que o seu médico assistente é especializado na sua doença e atestou a necessidade do fármaco e a impossibilidade de substituição por outros disponibilizados pela rede pública.

Sustentou que fez uso das alternativas públicas oferecidas pelo SUS, sem sucesso.

Requeru a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do apelo com a consequente procedência dos pedidos.

1.4 Contrarrazões

Apresentadas as contrarrazões (fls. 183-192), os autos ascenderam a esta Corte.

1.5 Reexame necessário

Não houve remessa necessária, em razão da ausência de sentença proferida contra o Estado.

1.6 Manifestação do Ministério Público

Nesta Instância, o Procurador de Justiça Onofre José Carvalho Agostini emitiu parecer pelo provimento do recurso, nos seguintes termos (fls. 198-210):

“[...]

Ante o exposto, o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do recurso, concedendo-se, desde já, efeito suspensivo a parte da sentença que revogou a medida liminar e, quanto ao mérito, no sentido de reformar a sentença para determinar ao Estado o fornecimento do medicamento ranibizumabe (lucentis), consoante prescrição médica ou, caso não seja esse o entendimento, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para determinar ao Estado o fornecimento do medicamento disponível na rede pública de saúde – bevacizumabe (avastin).”

1.7 Efeito suspensivo

Em, 12-6-2017, o relator originalmente designado, Desembargador Pedro Manoel Abreu, concedeu efeito suspensivo ao recurso, para restabelecer a tutela antecipada que determinou o fornecimento do medicamento requerido na inicial (fls. 208-210).

Este é o relatório.

VOTO

2.1 Apelação Cível interposta pela demandante Edla Wackerha

(fls. 162-181)

2.1.1 Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Outrossim, cumpre ressaltar que a análise do apelo se dará de acordo com a legislação vigente à época da sentença recorrida, bem como da interposição do reclamo, no caso, o Código de Processo

Civil de 2015, nos termos do art. 14 da novel legislação, em vigor desde 18 de março de 2016 (Lei n. 13.105/2015).

2.1.2 Mérito

A Constituição Federal, nos seus arts. 196 e seguintes, estabelece ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, e ao acesso geral às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo que essas ações e serviços públicos de saúde devem ser desenvolvidos de forma integrada, embora descentralizada, através de um sistema único (art. 198) do qual fazem parte a União, os Estados e os Municípios.

Desta forma, estabelece-se um regime de responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios na gestão da saúde pública, inclusive no fornecimento de medicamentos e insumos a pacientes enfermos e necessitados.

Ademais, a responsabilidade pela saúde pública, imposta pela Constituição Federal, não pode ser considerada de maneira fracionada, na medida em que cabe a qualquer dos entes da federação, podendo, pois, a parte, ajuizar a ação contra qualquer um deles (União, Estado ou Município).

A respeito:

É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, o funcionamento do Sistema Único de Saúde **é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo qualquer deles, em conjunto ou isoladamente, parte legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia de acesso a medicamentos adequado para tratamento de saúde.** (AgInt no REsp 1.617.502/PI, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 27/6/2017, grifou-se)

Nesse aspecto, deve-se ter em mente que, justamente em razão da preponderância de tal direito fundamental em face de interesses estatais secundários, o Poder Judiciário está autorizado a determinar a implementação de políticas públicas atinentes ao direito à saúde, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos Poderes (AgR em ARE n. 801.676/PB, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 19/8/2014).

É claro que, a despeito do dever estatal em garantir a todos a devida proteção e promoção do direito à saúde, a existência de limitações financeiras – na medida em que se mostra impossível garantir uma eficácia plena do referido direito a todos os cidadãos – exige a estipulação de certas diretrizes, a fim de obter uma maior harmonia entre o interesse público (geral) e os interesses pessoais/individuais.

Em razão disso, este Tribunal, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, de relatoria do Desembargador Ronei Danielli, julgado em 9-11-2016, firmou as seguintes teses acerca da concessão judicial de fármaco ou procedimento, padronizado ou não pelo SUS:

(1) Para a concessão de fármaco ou tratamento padronizado pelo SUS, deve ser demonstrada:

(a) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico e, concomitantemente;

(b) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção na via administrativa (Tema 350 do STF).

(2) Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis:

(a) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira;

(b) 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;

(c) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões;

(d) 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.

Na hipótese, o autor pleiteou o fornecimento do fármaco Ranibizumabe (Lucentis), que **não é padronizado** pelo Sistema Único de Saúde.

Passa-se, portanto, à análise dos requisitos descritos no item 2 do IRDR mencionado:

(a) Efetiva demonstração de hipossuficiência financeira

A hipossuficiência financeira da autora se justifica pelo valor do medicamento, com custo de R\$ 4.518,72 por ampola (fl. 2) e pelo extrato de fl. 11 aponta movimentação bancária de aproximadamente R\$ 1.350,00.

(b) 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.

Na caso foi realizada perícia judicial, na qual o expert concluiu que *“Pleiteado o medicamento Ranibizumabe (Lucentis) que pode ser substituído sem diferença maior pelo Bevacizumabe (Avastin). Este último é disponível pelo SUS.”* (fl. 131).

Ocorre que, como é cediço:

“O princípio do livre convencimento motivado não admite a tarifação da prova, de modo que o juiz pode, inclusive, decidir contrariamente ao laudo, se formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Entretanto, se nada há que desqualifique ou invalide as conclusões periciais, o melhor caminho é aderir à posição do expert, pois a decisão deve ater-se aos fatos e circunstâncias constantes do processo’ (TJSC, AC n. 2008.036317-1, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 10.8.10).” (Apelação Cível

n. 0001416-02.2011.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-06-2018).

Neste contexto, verifica-se a existência de receitas médicas firmadas pela médica oftalmologista Larissa Carolina Bauer Koerisch, vinculada à Secretaria de Saúde do Município de Timbó, nos seguintes termos:

“Atesto para os devidos fins que o paciente acima apresenta DMRI neovascular e necessita de tratamento com Lucentis 1x ao mês ambos os olhos. Sob risco de perda visual irreversível de ambos os olhos, CID H35.3. Remédios prescritos são indispensáveis ao tratamento do paciente e de uso contínuo.” (fl. 9, grifou-se)

“Uso ocular:

1) Lucentis – 12 ampolas

Aplicar uma injeção intro-vítrio ao mês em ambos os olhos.

Não é possível substituição da medicação.” (fl. 10, grifou-se).

Adiante, há novo documento médico, desta vez firmado pelo oftalmologista Rafael Elias Silvano, em formulário da Secretaria de Estado da Saúde, solicitando o mesmo medicamento (fl. 13).

Assim, não obstante o IRDR paradigma mencione a necessidade de perícia judicial para a verificação da necessidade do remédio e do insucesso ou inexistência de política pública destinada à enfermidade, no caso dos autos a prova técnica se mostra anêmica diante dos demais documentos juntados aos autos, de modo que não deve ser considerada.

Desta forma, levando-se em consideração a idade da autora (83 anos) e os documentos firmados por profissionais especializados na área, está comprovada a ineficiência da política pública destinada à enfermidade e a necessidade do fármaco.

O **item “c”** não se aplica ao caso, pois não trata de pedido de fornecimento de medicamento.

Da mesma forma o **item “d”**, já que se está diante de pleito relacionado ao mínimo desejável.

Assim, preenchidos os requisitos estabelecidos por esta Corte, o caminho é o provimento do recurso para julgar procedente o pedido e condenar o Estado de Santa Catarina ao fornecimento do medicamento requerido na inicial.

Como contracautela, a autora deverá apresentar, a cada 6 (seis) meses, atestado médico comprovando a necessidade do fármaco.

2.1.3 Consectários

Estado isento de custas, nos termos do art. 33 da lei Complementar 161/1997.

Arbitro os honorários advocatícios em favor da demandante no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

3.1 Dispositivo

Ante o exposto, vota-se para conhecer o recurso e dar-lhe provimento para:

(a) condenar o Estado de Santa Catarina ao fornecimento do medicamento requerido na inicial, mediante a contracautela estabelecida na fundamentação do acórdão;

(b) condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de honorários advocatícios em favor da demandante no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Este é o voto.

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4009066-63.2018.8.24.0000, de Xaxim

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, INCS. II E III, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RELAÇÃO A AGRAVANTE DO MEIO CRUEL. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DE CARÁTER SUBJETIVO QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE A AGRAVANTE DE CARÁTER OBJETIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. READEQUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. INSURGÊNCIA QUANTO AO PATAMAR A SER APLICADO EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PLEITO PREJUDICADO ANTE A FIXAÇÃO DA PENA EM SEU MÍNIMO LEGAL. REVISÃO CRIMINAL DEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4009066-63.2018.8.24.0000, da comarca de Xaxim 2ª Vara em que é/são Requerente Jaison da Silva Varela.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, deferir o pedido revisional, readequando a reprimenda imposta ao requerente, fixando-a em 12 (doze) anos de reclusão, mantendo-se o restante da sentença inalterado.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Rizelo, o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva, o Exmo. Sr. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, o Exmo. Sr. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, o Exmo. Sr. Des. Antônio Zoldan da Veiga e a Exma. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Compareceu à sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 31 de outubro de 2018.

Luiz Neri Oliveira de Souza

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal formulada por **Jaison da Silva Varela**, através da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, objetivando a desconstituição da condenação definitiva levada a efeito nos autos da Ação Penal n. 0001753-75.2015.8.24.0081, que lhe impôs a pena de 14 (quatorze) anos

de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no art. 121, § 2.º, II e III, do Código Penal, com trânsito em julgado para as partes em 13/03/2017.

O requerente ajuizou a presente ação revisional, com supedâneo no art. 621 do Código de Processo Penal, pleiteando reparos na dosimetria da pena aplicada, pugnando pela preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante de meio cruel e a readequação da fração utilizada, ante a ausência de fundamentação idônea.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Huberto Francisco Scharf Vieira, opinando pelo parcial deferimento do pedido.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que a revisão criminal é um instrumento processual de natureza excepcionalíssima, eis que, a depender do caso concreto, poderá desconstituir uma sentença já abrigada sob o manto da coisa julgada. Em razão disso, o seu cabimento somente é possível nos casos taxativamente enumerados no artigo 621 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

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.

Em que pese não constar expressamente do mencionado dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a possibilidade de discussão da dosimetria quando presente manifesta ilegalidade, e, no mesmo norte, tem se pronunciado esta Corte de Justiça no sentido de, excepcionalmente, verificar se houve erro técnico ou explícita injustiça na decisão impugnada, senão vejamos:

[...] A reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia [...] (Revisão Criminal n. 4007976-88.2016.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 26-10-2016).

[...] a redução da pena em sede de revisão criminal somente é 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 (Revisão Criminal n. 2012.039402-1, rel. Des. Torres Marques, j. em 29-8-2012).

[...] muito embora o pedido revisional esteja adstrito àquelas hipóteses constantes no art. 621 do Código de Processo Penal, firmou-se o entendimento consolidado no sentido de que, em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda, via revisão criminal, enquadrando-se referida hipótese no inciso I do mencionado dispositivo legal. [...] (Revisão Criminal n. 2011.055526-2, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 1-12-11).

E, tecendo comentários a respeito da revisão criminal como meio idôneo para discussão da dosimetria, leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...] entendemos ser prática excepcional, somente justificável quando o órgão prolator da decisão contrariou o texto expresso da lei penal (ex.: reconhece reincidência, aumentando a pena, para quem não se encaixa na figura prevista no art. 63 do Código Penal) ou a evidência dos autos (ex.: reconhece péssima conduta social, aumentando a pena-base, fundado em presunções, não comprovadas pela prova colhida). Entretanto, simplesmente alterar o quantum da pena, porque a considerou exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, é de todo irregular. A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer a sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitando em julgado a sentença - ou o acórdão - não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa julgada” (Código de Processo Penal Comentado. Revista dos Tribunais. 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.287).

Com fulcro no art. 621 do Código de Processo Penal, requer a defesa reparos na dosimetria da pena aplicada, pugnando pela preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante de meio cruel e a readequação da fração utilizada, ante a ausência de fundamentação idônea.

Para melhor elucidação, extrai-se da sentença proferida pelo juízo de primeiro grau (fls. 07/10):

Na segunda fase, presente a agravante prevista no art. 121, § 2º, III (meio cruel), elevo a reprimenda em 03 (três) anos. De outro lado, a atenuante da confissão (art. 65, I, do CP) igualmente está presente, motivo pelo qual diminuo a pena em 01 (um) ano, totalizando a reprimenda em 14 (quatorze) anos.

Inicialmente, no que diz respeito ao concurso de agravantes e atenuantes, dispõe o art. 67, do Código Penal: *“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”*.

Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que as circunstâncias de caráter subjetivo, ou seja, aquelas que estão intrinsecamente ligadas a personalidade do agente, aos motivos do crime ou a reincidência, preponderam sobre as circunstâncias de caráter objetivo.

Nesse sentido, leciona 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: 9ª ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288)

E da jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DO ART. 61, II, “C”, DO CP. COMPENSAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. ART. 67 DO ESTATUTO REPRESSIVO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. **A confissão espontânea possui relação com a personalidade do réu, se tratando, portanto, de circunstância preponderante no cálculo da reprimenda, nos termos do art. 67**

do Código Penal. Precedentes. 2. Em vista da jurisprudência deste Sodalício, acertada a decisão singular que efetuou, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante do art. 61, inciso II, alínea “c”, do Código Penal, porquanto igualmente preponderantes. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1710027/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018 - grifado)

Insta salientar que a confissão do acusado demonstra um aspecto positivo de sua personalidade, visto que de forma espontânea e clara confessa a prática delitiva e colabora para elucidação dos fatos.

Dessarte, mostra-se devido o reconhecimento da preponderância da circunstância atenuante da confissão espontânea, visto que possui caráter subjetivo, em relação a agravante do meio cruel (caráter objetivo), conforme a jurisprudência desta Corte:

REVISÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME CONTRA A VIDA. ÉDITO CONDENATÓRIO PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (CÓDIGO PENAL, ART. 121, § 2º, II E IV). DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA POR SUPOSTA INCORREÇÃO DOS PARÂMETROS ADOTADOS NA DOSIMETRIA DA PENA. CABIMENTO (CPP, ART. 621, I). SITUAÇÃO EXCEPCIONAL LEGITIMADA PELA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA HIPÓTESE DE ERRO TÉCNICO OU MANIFESTA ILEGALIDADE. **PLEITO DE PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A AGRAVANTE DA UTILIZAÇÃO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO. VIABILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE.** ADMISSÃO NA FORMA QUALIFICADA QUE A PRINCÍPIO NÃO TEM O CONDÃO DE ABRANDAR A SANÇÃO. INCIDÊNCIA RECONHECIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO POR PARTE DO JUIZ PRESIDENTE DE FUNDAMENTO PARA A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E DEFERIDO. (Revisão Criminal n. 4002717-44.2018.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 29-08-2018).

REVISÃO CRIMINAL - PRETENDIDA REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA - CONCURSO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES - PREPONDERÂNCIA DAQUELAS DE CARÁTER SUBJETIVO - MINORAÇÃO EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUE PREPONDERA SOBRE A AGRAVANTE DO MEIO CRUEL - ADEQUAÇÃO - PEDIDO DEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 2004.029130-4, de Palmitos, rel. Des. Torres Marques, Seção Criminal, j. 23-02-2005).

Dessarte, passo a análise da dosimetria da pena:

Na primeira fase dosimétrica o juízo *a quo* manteve a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos de reclusão, de modo que não há alterações a serem feitas.

Na fase intermediária, observa-se a presença da atenuante da confissão espontânea e a agravante do meio cruel, e conforme exposto alhures, a atenuante de caráter subjetivo deve preponderar sobre a agravante objetiva, contudo, nesta fase, não há a possibilidade de diminuir a reprimenda abaixo do mínimo legalmente previsto, conforme entendimento consolidado na jurisprudência e de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

[...] CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DESTA SODALÍCIO. Impossível a redução da pena da paciente aquém do mínimo legalmente previsto em lei na segunda fase da dosimetria, em estrita observância ao enunciado 231 da Súmula desta Corte Superior de Justiça [...] (HC 454.133/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 23/08/2018)

Logo, será realizado a compensação entre as circunstâncias legais, de modo que a reprimenda permanece no mínimo legal.

Na fase derradeira, ausente causas especiais de aumento e/ou diminuição de pena, razão pela qual a reprimenda se torna definitiva em 12 (doze) anos de reclusão, mantendo-se o restante da sentença inalterada.

Por fim, julga-se prejudicado a análise quanto a readequação da fração utilizada para agravar e atenuar a pena na segunda fase da dosimetria, uma vez que esta restou fixada no mínimo legal e, conforme exposto alhures, não é possível sua diminuição.

Ante o exposto, o voto é no sentido de deferir o pedido revisional, readequando a reprimenda imposta ao requerente, fixando-a em 12 (doze) anos de reclusão, mantendo-se o restante da sentença inalterada.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 4011343-68.2018.8.24.0900, de São José

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

REVISÃO CRIMINAL. REVISIONANDO CONDENADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003) E TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). ALEGADA ILICITUDE DE PROVAS, SOB A TESE DE QUE COLHIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INSUBSISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA, CORROBORADO POR FUNDADAS SUSPEITAS DE QUE NO LOCAL SE PRATICAVA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, SOBRETUDO DIANTE DE INFORMAÇÕES ANÔNIMAS PREVIAMENTE RECEBIDAS, QUE TORNA PRESCINDÍVEL O MANDADO JUDICIAL. SUSPEITO QUE, AO SER ABORDADO PELA POLÍCIA, APRESENTA COMPORTAMENTO EVASIVO E PRESTA INFORMAÇÕES DESCONEXAS. ELEMENTOS POSTERIORMENTE CONFIRMADOS PELA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE INEXISTENTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 302 E 303 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TESE REJEITADA. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE A DECISÃO SE APRESENTA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS (ART. 621, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA JÁ ANALISADA POR ESTE TRIBUNAL QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. REVISÃO QUE NÃO PODE TER A NATUREZA DE UM SEGUNDO RECLAMO DE APELAÇÃO. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO PARCIALMENTE E INDEFERIDO.

1. Quando verificado o estado de flagrância delitiva (artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal), perfeitamente legítimo o ingresso das autoridades policiais em domicílio alheio, ainda que inexistam mandado de busca e apreensão permitindo-o, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. “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”. (TJSC - Revisão Criminal n. 4000954-42.2017.8.24.0000, de Brusque, Seção Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 29/03/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4011343-68.2018.8.24.0900, da comarca de São José 1ª Vara Criminal em que é Requerente Thiago Sebastião Silveira.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte e indeferir o pedido revisional. 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. Luiz Neri Oliveira de Souza, Des. Norival Acácio Engel, Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho e Des. Antônio Zoldan da Veiga.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 28 de novembro de 2018.

Assinado digitalmente

Desembargador Paulo Roberto Sartorato

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de revisão criminal formulado por Thiago Sebastião Silveira, que, na 2ª Vara Criminal da Comarca de São José, por meio do Processo-Crime n. 0010232-79.2013.8.24.0064, foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, e absolvido das imputações relativas ao artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 789/798).

Interposto recurso de apelação pelo representante do Ministério Público, a Colenda Terceira Câmara Criminal deste Tribunal, por votação unânime, por meio de acórdão da lavra do eminente Des. Ernani Guetten de Almeida, deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o requerente também à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor mínimo-legal, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, *quantum* cumulado materialmente com a condenação pelo art. 16 da Lei de Armas, resultando em uma reprimenda final no patamar de 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 426 (quatrocentos e vinte e seis) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal (fls. 914/931), decisão que transitou em julgado para defesa em 22/01/2016 e para acusação em 15/02/2016 (fls. 21 e 22).

O requerente, por intermédio de advogados constituídos, escorado no art. 621, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, pleiteou a revisão criminal do referido processo findo, sob o argumento de que a prova colhida na residência do requerente fora ilegal, porquanto ofendido o princípio da inviolabilidade do domicílio; aliás, sustenta que o acórdão exarado por este Tribunal contrariou a evidência dos autos ao qualificar o peticionário como traficante (fls. 01/20).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Cristiane Rosália Matri Böell, manifestou-se pelo conhecimento e indeferimento do pleito revisional (fls. 1059/1063).

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. 11ª. 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.

I – Da preliminar de nulidade da prova colhida em domicílio

Assevera o requeinte que não havia, no presente caso, nenhuma das hipóteses constitucionais de legítima incursão em residência alheia, o que torna ilegal a invasão de domicílio perpetrada pela polícia.

A tese aventada não merece guarida.

Isso porque, tem-se que a entrada dos agentes militares, na residência onde o acusado mantinha droga estocada em conluio com o corrêu, era justificada não só pela situação de flagrância verificada, como também pelo comportamento suspeito e evasivo apresentado pelo requerente quando da sua abordagem policial, sendo ele velho conhecido da guarnição como envolvido no narcotráfico local.

Sabe-se, aliás, que, quando verificado o estado de flagrância delitiva (artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal), perfeitamente legítimo o ingresso das autoridades policiais em domicílio alheio, ainda que inexistam mandado de busca e apreensão permitindo-o, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

No presente caso, certo é que a prática criminosa cometida pelo acusado (possuir, no interior de morada, droga ilícita), cujo desbaratamento foi efetuado pela atividade policial, apresentava caráter permanente, ou seja, de consumação estendida no tempo, evidenciando a situação de flagrante delito inculpada pelo art. 303 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, “[...] 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”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado, 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 530-531).

Aliás, ressalta-se, que inexistente qualquer vedação aos policiais de, no âmbito de seu exercício, obtendo informações anônimas e/ou suspeitas de que o agente possui entorpecente e/ou pratica a mercancia destes em sua residência, fazerem campanhas e averiguações preliminares para conhecimento dos fatos, como ocorreu no caso em tela, sob pena de ineficácia, inclusive, da atuação ostensiva que lhes são inerentes.

Como bem ressaltado pela douta Procuradora de Justiça em seu parecer, aliás: “[...] *Durante a campana feita na rua Regina Terezinha Silveira, Centro, no Município de São José-SC, os milicianos notaram a presença de um carro suspeito se aproximando, no qual estava Thiago, que ao ser abordado mostrou-se nervoso, a todo momento olhando para a referida casa. Nesse mesmo contexto, os agentes públicos relataram que identificaram um forte odor de maconha, o que os levou a efetivar a incursão no local, logrando apreender 1 arma de fogo calibre 9mm, devidamente municionada, uma munição calibre .40 e 457,9 gramas de maconha.*” (fls. 1061/1062).

Em assim sendo, diante da natureza permanente do delito apurado e da situação narrada, seja de um lado ou de outro, ainda mais considerando que as pequenas divergências nos relatos dos milicianos não se mostram aptas a ofuscar a credibilidade de seus testemunhos e o êxito da operação policial, não vejo como se falar em nulidade processual e consequente ilicitude das provas colhidas.

Nesse sentido, inclusive, é segura a jurisprudência deste Sodalício, conforme colaciono os seguintes julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SOLTO. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PLEITOS DE NULIDADE DAS PROVAS AMEALHADAS AO PROCESSO, ABSOLVIÇÃO, REDUÇÃO DE PENA, FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA RESGATE DA REPRIMENDA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 01. “A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) não é garantia absoluta nas hipóteses de flagrância de delito de natureza permanente, como no caso dos autos, em que o recorrente foi flagrado por tráfico de drogas, crime de natureza permanente, elementos que legitimam o acesso, sem mandato judicial, ao domicílio do agente infrator” (STJ, RHC n. 90.902, Min. Ribeiro Dantas). [...]. (Apelação Criminal n. 0010138-26.2014.8.24.0023, da Capital, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. em 10/05/2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA ESSE FIM (ART. 33, “*CAPUT*”, E ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. NULIDADE DA PROVA COLHIDA NA RESIDÊNCIA DA ACUSADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INGRESSO DOS POLICIAIS MILITARES. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DOMICÍLIO. OFENSA AO ART. 5º, INC. XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS CONSTATADO NO LOCAL. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. TEMA ASSENTADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PRELIMINAR AFASTADA. “Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes)” (STJ - HC 406.536/SP, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 10-10-2017). [...]. (Apelação Criminal n. 0001341-66.2017.8.24.0052, de Porto União, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. em 14/06/2018).

No ensejo, diante dos fatos de que os motivos para a prisão e a entrada na residência deram-se por fundadas razões diante das atitudes suspeitas do acusado e do forte cheiro de droga que exalava o lugar, além, é claro, das informações prévias colhidas pelo Setor de Inteligência da Polícia Militar, tudo justificado posteriormente em ambas as fases procedimentais, entende-se que não há que se falar em ilegalidade do flagrante e das provas colhidas, sendo, portanto, descabida a tese preliminar arguida.

II – Da condenação contrária ao acervo probatório dos autos

Alega o requerente, ainda, que não restou comprovada, nos autos, a prática delitiva de tráfico de drogas, razão pela qual pretende a absolvição.

Entretanto, sua pretensão não merece prosperar.

Isso porque não se verifica, no *decisum* ora revisado, qualquer contrariedade ao texto expresso da lei, à evidência dos autos ou flagrante injustiça, como exige o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado, conforme consta no inciso III do referido dispositivo legal.

Deve-se repisar que a revisão criminal fundada em contrariedade à evidência dos autos não autoriza o mero reexame do conjunto probatório presente no caderno processual, como se um segundo recurso de apelação fosse, para que o Tribunal aplique à hipótese o seu particular convencimento. Para a rescisão do julgado sob tal argumento, imprescindível que a decisão condenatória tenha recaído em evidente erro e esteja completamente dissociada da prova produzida na instrução processual, não sendo admissível quando o *decisum* alvejado sopesou o arcabouço probatório, confrontou seus elementos de convicção e lhe deu possível equacionamento.

Guilherme de Souza Nucci, nesse particular, explica:

Entenda-se por evidência dos autos o conjunto probatório colhido. Para ser admissível a revisão criminal, torna-se indispensável que a decisão condenatória proferida ofenda frontalmente as provas constantes dos autos. [...] Por outro lado, convém salientar os abusos que muitas vezes ocorrem no contexto da revisão criminal, quando o pedido é fundado neste elemento. Há julgados que aceitam a revisão criminal para o fim de “reavaliar” toda a prova, embora a decisão condenatória com trânsito em julgado tenha analisado a matéria dentro de razoável interpretação da prova. O objeto da revisão não é permitir uma “terceira instância” de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário (ob. cit., p. 1071).

No caso sob análise, o requerente tem como objetivo a absolvição, sob a tese de que não comprovada a prática do delito descrito na exordial acusatória.

Ocorre que a referida tese absolutória já foi objeto de análise quando do julgamento do recurso de apelação ministerial interposto (Apelação Criminal n. 2015.064080-0, julgado em 01/12/2015 - fls. 914/931), oportunidade em que a Colenda Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, por meio do acórdão da lavra do eminente Des. Ernani Guetten de Almeida, reformou a decisão parcialmente absolutória de primeiro grau e condenou o acusado, ora requerente, pelo crime previsto no art. 33, c/c § 4º, da Lei de Drogas, a pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa e, considerando que o mesmo foi condenado em primeiro

grau à pena de 03 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei 10.826/03), resultando uma reprimenda final, pelo concurso material, no patamar de 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, além do pagamento de 426 (quatrocentos e vinte e seis) dias-multa, cada qual fixado no valor mínimo legal.

A propósito, mencionado acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E A INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO (ART. 33 DA LEI 11.343/06) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI 10.826/03). APREENSÃO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS AGENTES DE 457,9G DE “MACONHA”, ALÉM DE 01 (UMA) ARMA DE FOGO CALIBRE .9MM. CORRÉUS CONDENADOS PELO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E ABSOLVIDOS DO CRIME DE TRÁFICO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. VIABILIDADE. APELADO F. A. DE O. QUE, NA FASE POLICIAL, INDICOU O SEU COMPARSA T. S. S. COMO SENDO O VERDADEIRO PROPRIETÁRIO DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CONTRADIÇÃO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. QUANTIDADE DE DROGA INCOMPATÍVEL COM A FIGURA DO USO. PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO CORROBORADA PELAS PALAVRAS SEGURAS DOS POLICIAIS MILITARES. ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2015.064080-0, de São José, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 01/12/2015).

Desse modo, por não ser viável o manejo de revisão criminal com o fito de rediscutir matéria já apreciada e acolhida em grau de recurso, não se conhece do pedido.

Isso porque retornar a análise do tema impugnado, como pretende o revisionando, implicaria utilizar a revisão criminal como mais uma instância para exame das matérias decididas na sentença e debatidas em segunda instância quando do recurso de apelação criminal, agora abrigada sob o manto da coisa julgada.

Mister consignar que este Primeiro Grupo Criminal firmou jurisprudência no sentido de que não se conhece de revisão criminal quando a pretensão almejada implica mero reexame da matéria já contida nos autos e analisada pelo Juízo *ad quem*, senão vejamos:

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E A INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. QUESTÃO, TODAVIA, JÁ APRECIADA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL QUE NÃO PODE TER A NATUREZA DE UM SEGUNDO RECURSO DE APELAÇÃO. PRECEDENTES. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. “A revisão criminal não se presta para uma simples reabertura das discussões travadas no âmbito da ação penal já transitada em julgado. O limite da cognição é bastante restrito, daí a razão pela qual se argumenta que as revisões criminais têm fundamentação vinculada, ou seja, devem atender aos exatos requisitos e limites estabelecidos na legislação” (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.227). Assim, mostra-se que “A revisão não pode ter a natureza de uma segunda apelação, pela própria característica que apresenta de rescisão do julgado, caso contrário haveria uma superposição do recurso de apelação, objetivo não pretendido pelo legislador processual, porque haveria uma reapreciação da prova já examinada em primeiro

grau ou até mesmo em segunda instância (RT 717/401)” (Mirabete, Júlio Fabbrini, Código de processo penal interpretado, 8. ed. atual., São Paulo, Atlas, 2001, p. 1354) (Revisão Criminal n. 2011.068102-4, de Mondáí, rel. Des. Sérgio Paladino). (Revisão Criminal n. 4027460-55.2017.8.24.0000, de Biguaçu, Primeiro Grupo de Direito Criminal, Rel. Des. Rui Fortes, j. em 28/02/2018).

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEDE RECURSAL. PRETENSA REDISCUSSÃO ACERCA DA DOSIMETRIA DA PENA JÁ ANALISADA (FRAÇÃO CORRESPONDENTE À CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME POR MEIO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. PEDIDO NÃO CONHECIDO. 1. A revisão criminal é um instrumento processual de natureza excepcionalíssima, sendo cabível somente nos casos taxativamente enumerados no artigo 621 do Código de Processo Penal, não se prestando, pois, a mera rediscussão de matérias já dirimidas em grau recursal, mormente quando coincidentes as teses formuladas. 2. A fração utilizada para majorar a reprimenda na terceira fase da dosimetria (art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006) foi devidamente apreciada por ocasião do Recurso de Apelação, entendendo à Segunda Câmara Criminal que o aumento de 1/2 (um meio) não merecia reparos pois devidamente justificados. (Revisão Criminal n. 4022637-38.2017.8.24.0000, da Capital, Primeiro Grupo de Direito Criminal, Rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. em 13/12/2017).

REVISÃO CRIMINAL - CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA - AÇÃO LIVRE DE CUSTAS. Não há interesse no pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita, porquanto a ação revisional é isenta de custas. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO - PRETENDIDO AFASTAMENTO DO AUMENTO DECORRENTE DA NATUREZA DO ENTORPECENTE, NA PRIMEIRA FASE, E DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 EM SEU PATAMAR MÁXIMO, BEM COMO ALTERAÇÃO DO REGIME DE RESGATE DA PENA E VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO - MATÉRIAS JÁ ANALISADAS EM APELAÇÃO CRIMINAL - AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE MANIFESTA A JUSTIFICAR NOVA ANÁLISE. “A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’” (STF, Min. Teori Zavascki). PEDIDO NÃO CONHECIDO. (Revisão Criminal n. 4026367-57.2017.8.24.0000, da Capital, Primeiro Grupo de Direito Criminal, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 13/12/2017).

Tal entendimento, aliás, também vem sendo adotado pelo Segundo Grupo Criminal:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL [ART. 217-A, *CAPUT*, C/C ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL]. PEDIDO REVISIONAL PAUTADO NO ART. 621, II E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA RETRATAÇÃO DA VÍTIMA E SUA GENITORA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL E AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. MATÉRIA ANALISADA POR ESTE TRIBUNAL QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. “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”. (TJSC, Revisão Criminal n. 4009859-70.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 26-04-2017)”. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. (Revisão Criminal n. 4021792-06.2017.8.24.0000, de Sombrio, Segundo Grupo de Direito Criminal, Rel. Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, j. em 29/11/2017).

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV, DO

CÓDIGO PENAL). PRETENZA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI, SOB A TESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REITERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EXPOSTOS E JÁ DEVIDAMENTE REBATIDOS NA OCASIÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. AÇÃO REVISIONAL QUE NÃO SE PRESTA COMO SEGUNDO RECURSO DE APELAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 621 DO CPP NÃO PREENCHIDOS. PEDIDO NÃO CONHECIDO. (Revisão Criminal n. 4013518-87.2016.8.24.0000, de Itapema, Segundo Grupo de Direito Criminal, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. em 27/09/2017).

Desse modo, em razão dos argumentos amplamente expostos acerca da impossibilidade de rediscussão de matéria já apreciada em sede recursal e inexistindo correções a serem sanadas, afastou a possibilidade do conhecimento do pedido.

Friso, por fim, que não foi apresentado qualquer argumento adicional a justificar uma nova apreciação da matéria.

De qualquer forma, mesmo que assim não fosse, a despeito da argumentação defensiva, tem-se que a materialidade e autoria de referido delito estão amplamente comprovadas pelos elementos de convicção carreados nos autos, notadamente por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 75/90), Boletim de Ocorrência (fls. 77/78), Termo de Exibição e Apreensão (fl. 84), Laudo Pericial Definitivo (fls. 201/203), além de toda prova oral colhida no decorrer de ambas as etapas da persecução criminal, razão pela qual não há falar em eventual absolvição.

Dessa forma, portanto, caso pretendesse que fosse reconhecida sua inocência nesta esfera excepcionalíssima, deveria o requerente instruir o pedido com nova prova cabal em tal sentido, o que falhou em fazer.

À vista de todo o exposto, vota-se no sentido de conhecer parcialmente do pedido revisional e indeferi-lo.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 4003502-06.2018.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DA REQUERENTE DE QUE NÃO ERA SÓCIO-ADMINISTRADORA DA EMPRESA À ÉPOCA DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. TESE ALTERNATIVA DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA FRENTE A DIFICULDADES FINANCEIRAS. NÍTIDA PRETENSÃO DE REANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO SE AMOLDA EM HIPÓTESE DO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REEXAME INVIÁVEL. NÃO CONHECIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4003502-06.2018.8.24.0000, da comarca de Joinville 2ª Vara Criminal em que é Requerente Elecir Medeiros Battisti.

A Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, à unanimidade, não conhecer do pedido revisional. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Alexandre d'Ivanenko, Des. Paulo Roberto Sartorato, Des. José Everaldo da Silva, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Des. Luiz Néri Oliveira de Souza e Des. Norival Acácio Engel.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rui Arno Richter.

Florianópolis, 29 de agosto de 2018.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Elecir Medeiros Battisti, buscando a desconstituição da decisão prolatada no processo-crime n. 0900836-63.2015.8.24.0038, que a condenou à pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 23 (vinte e três) dias de detenção por infração ao disposto no artigo artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 (define crimes contra a Ordem Tributária).

A requerente, escorada no art. 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, pleiteou a revisão criminal do processo findo, almejando a sua absolvição, sob o argumento de que não era sócia-administradora da empresa Transporte Valêncio LTDA, bem como a inexigibilidade de conduta diversa frente às dificuldades financeiras da empresa.

Digitalizados e apensados os autos do processo-crime original, a douta Procuradoria-Geral de

Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Rogério A. da Luz Bertoncini, manifestou-se pelo não conhecimento da revisional (fls. 261-264 e 298).

Este é o relatório.

VOTO

Após examinar os pressupostos de admissibilidade, verifico que **a ação não deve ser conhecida.**

A ação revisional, como sabido, é dotada de certas peculiaridades, dentre estas especificidades está a exigência de que seu conhecimento deve pautar-se em provas novas. Logo, para que seja cabível a almejada revisão criminal, deve haver comprovado erro técnico, evidente injustiça ou ainda, de acordo com o inciso I, quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.

Como bem lembrado pela Procurador de Justiça “*cumprе ressaltar que não há dúvidas, frente ao conjunto probatório carreado aos autos, como exposto em alegações finais e reconhecido em sentença ora ataca, bem como em grau de apelação, quanto à materialidade e à autoria da prática do crime tipificado no dispositivo supracitado pela recorrente*”.

Mais adiante, concluiu:

Ora, ela em interrogatório judicial afirmou se administradora da empresa, como bem salientou o Magistrado na sentença:

[...] 3. A prova da autoria é igualmente tranquila na medida que a acusada, sócia-administradora (conforme o contrato social fl. 75/77), admitiu a responsabilidade pela gestão financeira e pela apropriação (não-recolhimento) tributária.

[...]

Aliás, finalizada a instrução probatória, transparece da reiteração de condutas (a acusada é alvo de outras ações criminais por omissões idênticas 0051924-44, 0004992-61, 0029537-98, 0903692-34, 0910758-65 e 0906418-44) e do que disse a ré na audiência, que a empresa encontrou na apropriação de créditos tributários a solução para manutenção de suas atividades, ou seja, passou a usar o dinheiro do Estado (ICMS) para custear os insumos básicos, o que não se coaduna pela perda do caráter excepcional da omissiva típica com a causa de exclusão de culpabilidade.

[...].

Além do mais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa frente as dificuldades financeiras da empresa é mais do que batida e não aceita nos tribunais pátrios, como foi nos presentes autos: Nenhum balanço contábil. Nenhuma certidão de protesto. Nenhum registro de cobrança de dívida. Nenhuma ação trabalhista. Enfim, nada há para subsidiar a tese defensiva ponderando que “em sede de crimes contra a ordem tributária, a fragilizada situação financeira da pessoa jurídica não é motivo, por si só, para a exclusão do delito, notadamente quando nenhuma prova foi produzida a esse respeito” (ACr. nº 2010.010235-0, Des. Roberto Lucas Pacheco).

Mais uma vez se salienta que a Revisão Criminal possui caráter excepcional, isto é, cabível quando de fato existe erro técnico ou evidente injustiça para com o revisionando, e não para tratar de atos discricionários do Magistrado que poderiam ter sido debatidos anteriormente.

A revisão criminal não tem por finalidade simplesmente reanalisar o conjunto probatório. A revisão criminal não se confunde com a apelação, em que os limites de cognição são bem mais amplos.

[...].

Como se vê, somente há de se admitir o desfazimento do julgado criminal se fosse demonstrado um gritante descompasso entre o que foi provado e o decidido.

Após o parecer exarado, a revisionanda juntou aos autos “prova emprestada”, consistente em duas sentenças exaradas pelo Juízo de primeiro grau (em seu favor), em que figura como ré, em clara tentativa de demonstrar que efetivamente não era sócia administradora quando dos fatos.

A primeira sentença (0904976-72.2017) aponta fatos ocorridos entre janeiro e dezembro de 2015. A segunda sentença (0904735-98.2017), por seu turno, engloba fatos ocorridos entre junho e dezembro de 2014.

O presente feito engloba fatos ocorridos no período entre maio e dezembro de 2013, portanto, anteriores ao declinado nas duas sentenças absolutórias.

No caso, julgado procedente o pedido, houve recurso ao Tribunal de Justiça Catarinense, ocasião em que a 4a. Câmara Criminal, por unanimidade, negou provimento.

O Juízo de primeiro grau consignou taxativamente que **“a prova da autoria é igualmente tranquila na medida que a acusada, sócia-administradora (conforme o contrato social – fl. 75/77), admitiu a responsabilidade pela gestão financeira e pela apropriação (não-recolhimento) tributária”**.

Se houve ou não alteração contratual **após** os fatos narrados na exordial, que culminaram na sua condenação, não cabe a verificação no presente procedimento. Aliás, cinge-se, simples leitura do contrato social de fls. 75/77 remete ao claro entendimento de que **“POR ESTE ATO, EM RAZÃO DAS MODIFICAÇÕES NO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA, A ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE FICARÁ A CARGO DA SÓCIA LECIR MEDEIROS BATISTTI”**.

As duas assertivas da revisionanda (de que não era sócia-administradora da TRANSPORTE VALÊNCIO LTDA e da inexigibilidade de conduta diversa frente às dificuldades financeiras da empresa), foram suficientemente espancadas na sentença de primeiro grau e no acórdão proferido por unanimidade pela 4a. Câmara Criminal.

Deste Relator:

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR EXTORSÃO (ART. 158, §1º, C/C ART. 61, II, H, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E, SUBSIDIARIAMENTE, DE AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO ART. 158, §1º, DO CP, DE RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL E DE FLAGRANTE PROVOCADO, ALÉM DA REDUÇÃO DA PENA POR TENTATIVA. PEDIDO REVISIONAL QUE NÃO SE AMOLDA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP. TESES QUE OU FORAM ANALISADAS NA AÇÃO CRIMINAL QUE DEU ORIGEM À CONDENAÇÃO OU DEIXARAM DE SER ALEGADAS A TEMPO E MODO. NÍTIDA PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. REEXAME INVIÁVEL. NÃO CONHECIMENTO (Revisão Criminal n. 4024634-56.2017.8.24.0000, da Capital – Continente).

Ainda, e como orienta Eugênio Pacelli, cumpre ressaltar que a revisão criminal não se presta

para uma simples reabertura das discussões travadas no âmbito da ação penal já transitada em julgado. O limite da cognição é bastante restrito, daí a razão pela qual se argumenta que as revisões criminais têm fundamentação vinculada, ou seja, devem atender aos exatos requisitos e limites estabelecidos na legislação (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.271).

Por fim:

“A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’” (STF, Min. Teori Zavascki). PEDIDO NÃO CONHECIDO (Revisão Criminal n. 4026367-57.2017.8.24.0000, Capital - Relator: Desembargador Getúlio Corrêa). (grifei)

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do pedido revisional.

Este é o voto.

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4003251-85.2018.8.24.0000, de Tijucas

Relator: Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06. ALEGADA INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA.

TESE DEFENSIVA. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. FRAÇÕES DE VALORES DIVERSOS CONSIDERADOS NESSA FASE. 1/6 (UM SEXTO) PELOS MAUS ANTECEDENTES E 1/5 (UM QUINTO) EM DECORRÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. PODER DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR. PATAMAR USADO DIVERSO DO USUAL. POSSIBILIDADE DESDE QUE FUNDAMENTADO. ORIENTAÇÃO SEGUIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. MANUTENÇÃO DAS FRAÇÕES IMPOSTAS.

TESE DEFENSIVA. SOMATÓRIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 CP). PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA EM EFEITO CASCATA. RECONHECIMENTO. SANÇÃO INEQUIVOCAMENTE AUMENTADA. FRAÇÕES DEVEM INCIDIR ENCIMA DA PENA-BASE. REFORMA. NOVO *QUANTUM* INICIAL.

TESE DEFENSIVA. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA DA SENTENÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO. RÉU MULTIRREINCENTE. AGRAVANTES SOBRESSAEM À ATENUANTE. AUMENTO MODERADO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA EM RAZÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

TESE ACUSATÓRIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. INEQUÍVOCA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. SITUAÇÃO PESSOAL DO AGENTE E NÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. REMANSOSO ENTENDIMENTO DESTA CORTE E DAS CORTES SUPERIORES. MANUTENÇÃO DA CAUSA DESABONADORA.

É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO - COM FATOS ANTERIORES AO CRIME EM ANÁLISE - PARA SOPESAR OS ANTECEDENTES E A PERSONALIDADE DO AGENTE, SEM QUE ISSO CONFIGURE OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM (TJSC, REVISÃO CRIMINAL N. 4022870-35.2017.8.24.0000, DE CANOINHAS, REL. DES. CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER, SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL, J. 28-03-2018).

TESE ACUSATÓRIA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO NÃO PODE SE FUNDAMENTAR EM SITUAÇÃO PESSOAL DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO TEXTO EXPRESSO DE LEI. ARTIGOS 68 E 59 DO CÓDEX PENAL.

REVISÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE ACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4003251-85.2018.8.24.0000, de Tijucas Vara Criminal em que é/são Requerente (s) Luciano Firmo e (s).

A Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar parcial provimento.

Tomaram parte na decisão: Desembargador Zanini Fornerolli, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Getúlio Corrêa, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Desembargador Luiz Cesar Schweitzer e Desembargador Sidney Eloy Dalabrida.

Presidiu a sessão o Exmo(a). Sr(a). Desembargador Carlos Alberto Civinski.

Funcionou como Representante do Ministério Público o(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 29 de agosto de 2018 .

Desembargador Ariovaldo Rogério da Silva

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por L. F., condenado a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 699 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (fl. 378).

Inconformada, a Defesa propôs Revisão Criminal (fls. 01/09), onde pugna pela reforma da sentença condenatória, sob o argumento:

A) afronta aos princípios da proporcionalidade e individualização das penas, porque o Magistrado majorou a pena-base em 1/6 (um sexto) em virtude dos antecedentes criminais e, 1/5 (um quinto) em decorrência das circunstâncias do crime, majoração operada “em cascata”, fenômeno vedado pelo ordenamento jurídico;

B) não foram consideradas equiparadamente as circunstâncias da segunda fase da dosimetria (agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea), fazendo preponderar a negativa sobre a pena.

Apresentado o parecer da Doutra Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 511/518), de lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo de Tarso Brandão manifesta-se pela admissibilidade e provimento, para:

A) ser revisto de ofício o aumento aplicado na primeira fase da dosimetria referente aos maus antecedentes, vez que impossível majorar a sanção baseada em conjecturas, mesmo porque, os autos não trazem elementos coesos para tanto;

B) o reconhecimento do “efeito cascata” na majoração da pena, e da exasperação em patamar superior ao usualmente aplicado por esta Corte;

C) a desconsideração da agravante como causa desabonadora, porque “*a exasperação da pena fundada neste motivo seria medida desproporcional à conduta criminosa por ele perpetrada*”, ou se assim mantida, a compensação integral com a atenuante da confissão espontânea.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, ressalto que a Revisão Criminal apenas será admitida quando presente uma das hipóteses legais relacionadas no 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.

No caso em apreço antevejo plausibilidade parcial. Vejamos:

Da Majoração da Pena-Base

A sentença de fls. 375/377, dispõe o aumento de 1/6 (um sexto) pelos maus antecedentes e 1/5 (um quinto) em decorrência das circunstâncias do crime.

Ambas as partes aduzem que o Magistrado de origem exasperou a pena-base em patamar muito elevado, diverso do usualmente exercido.

No entanto, razão não lhes assiste, porque é sabido o poder discricionário do sentenciador quanto a fração exasperadora, havendo necessidade de sólida fundamentação para essa majoração, conforme entendimento desta Corte expresso no excerto seguinte:

“No tocante ao quantum de aumento da pena, é sabido que o magistrado detém o poder discricionário de analisar e quantificar as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) majorando a reprimenda conforme sua convicção, desde que o faça em decisão devidamente fundamentada, não estando vinculado à fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, ainda que a jurisprudência admita esse quantum como parâmetro. Apesar disso, a multirreincidência do réu justifica um aumento maior na segunda etapa da dosimetria. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.062353-0, de Tubarão, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 28-11-2013).

Conduta perfeitamente tomada pelo julgador, que assim sentenciou:

Registra péssimos antecedentes criminais, possuindo diversas condenações transitadas em julgado, 6 (seis) ao total, assim a fim de não incidir no *bis in idem* previsto na Súmula 241 do STJ, usar-se-á as condenações fixadas nos autos nº 072.01.003290-0, 031.05.000178-8, 033.06.003124-0, 033.98.014015-6, 033.99.009691-5 nesta fase da dosimetria, lembrando que “É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavoráveis as circunstâncias e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio *ne bis in idem*. [...] 3. Ordem denegada” (HC 116.786/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 31-5-2011, v.u.; vide também REsp 1199271/MG, Quinta Turma Rel. Min. Gilson Dipp, j. 5-5-2011, v.U).

E ainda,

Circunstâncias do crime indicam a necessidade de majoração da pena-base, já que a quantidade de entorpecentes apreendida é grande, sobretudo por se tratar de cocaína, valendo recordar o entendimento jurisprudencial de que “A quantidade da droga influi na fixação da pena, sob o risco de se igualar o pequeno ao grande traficante” (AP. Crim. N.º 2007.007775-8 (Réu Preso), de Criciúma. Relator: Des. Amaral e Silva, j. 17/04/2007; Ap. Crim. N.º 2007.021335-4, de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 14/8/2007).

Assim sendo, deixo de considerar esse pleito.

Do Aumento em “Efeito Cascata”

Novamente outra questão suscitada por ambas as partes.

Pontualmente, neste particular ponto, lógica existe, assim determinou *arbitrium* de primeiro grau: “*Com base nos vetores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, aumento em 1/6 pelos maus antecedentes e 1/5 em decorrência das circunstâncias do crime*”.

Todavia, observo equívoco na operação de aplicação das duas circunstâncias judiciais, fazendo caracterizar o repudiado “efeito cascata”.

Considerando, pois, escorrito o critério adotado pelo Magistrado de primeiro grau, a operação correta na fixação da pena-base para o delito do art. 33, *caput*, da Lei n.º. 11.343/06 se dá com a utilização do mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão, acrescendo-se 1/6 (um sexto) e 1/5 (um quinto) na primeira e segunda circunstâncias negativas do art. 59 do Código Penal acrescendo-se, então, 10 (dez) meses (que equivale a 1/6 de 5 anos de reclusão), e 12 (doze) meses (que equivale a 1/5 de 5 anos de reclusão), que ao final resultará em uma pena inicial, 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Destarte, coerente o argumento revisional.

Da Compensação das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

Verifico que as partes, neste outro ponto, em particular, obraram em equívoco, pleiteando a compensação da causa agravante da reincidência, com a atenuante da confissão espontânea.

O anseio de equiparação entre as causas agravantes e atenuantes não merecem guarida.

Quando presente o concurso de causas agravantes e atenuantes, o Código Penal em seu art. 67 determina os moldes a serem seguidos: “*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*”.

Sobre o assunto, colaciono o entendimento desta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADA. DISCUSSÃO ACERCA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DE CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PRETENDIDO AFASTAMENTO DO CÔMPUTO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. PREJUÍZO QUE SE MOSTRA ACENTUADO. EMPRESA VÍTIMA QUE TEVE SUBTRAÍDOS, APROXIMADAMENTE, R\$ 22.000,00 EM ESPÉCIE. RECURSO DA ACUSAÇÃO. DOSIMETRIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE

DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. RÉU MULTIREINCIDENTE. INDEVIDA A COMPENSAÇÃO REALIZADA NA SENTENÇA. ADEQUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. 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. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte, quando o réu é reincidente específico ou multireincidente, a agravante da reincidência prepondera sobre a confissão espontânea (CP, art. 67). [...] (Apelação Criminal n. 0001295-47.2013.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 31-8-2017). (grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR RESTITUÍDA À VÍTIMA. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE E AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO VERIFICADOS. REDUZIDÍSSIMO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO SUFRAGADO PELA MULTIRREINCIDÊNCIA DO AGENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA DA PENA. [...] SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CABIMENTO NO CASO CONCRETO. AGRAVANTE QUE PREPONDERA SOBRE A ATENUANTE NA HIPÓTESE DIANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA.[...] (Apelação Criminal n. 0018345-97.2013.8.24.0039, de Lages, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 10-8-2017).(grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, II) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE - PLEITO DE COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - CASO CONCRETO QUE DENOTA MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO RÉU - AGRAVANTE QUE PREPONDERA SOBRE A ATENUANTE. “IV - A col. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual ‘é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.’ V - Todavia, conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte, muito embora se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu multireincidente (três condenações), a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multireincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante” (STJ, Min. Felix Fischer). “Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu” (STJ, Min. Rogerio Schietti Cruz). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 0000028-21.2017.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 6-6-2017). (grifei).

No caso em apreço, o Juiz Sentenciante, ao analisar a viabilidade de tal medida (fl. 377), pontuou pela sua impraticabilidade ante a preponderância da agravante sobre a atenuante, aplicando assim, um aumentando moderado nessa pena em sua segunda fase da dosimetria, considerando a caracterização da confissão espontânea.

Observo, pois, plenamente correta a decisão supra, não sendo possível desconsiderar a vasta ficha criminal do Revisando, que contribuiu para autorizar a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Nessa situação, entendo inaplicável a compensação postulada.

Com isso, a reprimenda imposta ao agente deve ser acrescida de 06 (seis) meses de reclusão, como determinado na origem.

Visto que a pena-base foi modificada, conforme explanação retro, torna-se certa, nesta fase em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Utilização dos Maus Antecedentes

O Nobre Procurador de Justiça almeja o reconhecimento de ofício, da exclusão do aumento da pena inicial baseada nos maus antecedentes do Revisando, por entender que *“a utilização dos maus antecedentes mostra-se desproporcional à conduta perpetrada pelo requerente, por se tratar de elemento que excede a culpabilidade do delito em questão, configurando justificativa típica do direito penal do autor, que se pauta pela situação pessoal do agente e não pelo fato posto em análise”*.

Muito embora notório o saber jurídico do insigne parecerista, não é esse o entendimento adotado nesta Corte de Justiça que, ao contrário, tem posicionamento remansoso exercitando a majoração da pena quando presente a figura dos maus antecedentes, como exposto nos julgados a seguir colacionados em excerto.

Estes são os precedentes das duas Turmas do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDUITA SOCIAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de condenações definitivas, desde que distintas, na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, como maus antecedentes, personalidade e conduta social, sem que tal importe em *bis in idem* (ut, HC 365.803/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 04/11/2016) 2. Agravo regimental impróvido. (AgRg no AREsp 989.635/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) (grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE FURTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, CONDUITA SOCIAL E PERSONALIDADE. PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OFENSA À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de condenações definitivas, desde que distintas, na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, como maus antecedentes, personalidade e conduta social, sem que tal importe em *bis in idem*. Precedentes. 3. Sendo a pena-base fixada em 6 anos de reclusão, ou seja, 4 anos acima do mínimo legal, o aumento, pelos maus antecedentes, personalidade e conduta social, não revela qualquer desproporção na dosimetria, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado art. 155, §4º, do CP, que prevê pena reclusiva de 2 a

8 anos. 4. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 365.803/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 04/11/2016) (grifei).

Como ilustrado, plenamente possível a consideração dos maus antecedentes para exacerbação da pena inicial, sem incorrer em erro, como já expresso em julgado: *“é possível a utilização de condenações com trânsito em julgado - com fatos anteriores ao crime em análise - para sopesar os antecedentes e a personalidade do agente, sem que isso configure ofensa ao princípio do non bis in idem”* (TJSC, Revisão Criminal n. 4022870-35.2017.8.24.0000, de Canoinhas, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 28-03-2018).

A doutrina mais basilar assim ensina:

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal. Julgo novamente inviável tal tese (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro : Impetus, 2007).

Da Desconsideração da Agravante como Causa Desabonadora

O art. 68 do Código Penal determina a maneira a ser enfrentada pelo sentenciador quando proferir uma condenação, atendendo-se, primeiramente, ao critério do art. 59 daquele Códex; em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

As circunstâncias agravantes, por sua vez, estão elencadas no art. 61 do mesmo diploma, e asseguram que a reincidência aumentará o montante da sanção.

Presente tais elementos na Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 222/226.

De uma simples leitura, tem-se que o Revisando merece a aplicação do preceito retro, vez que multirreincidente.

Logo, impossível atender o requerido pelo Douto Procurador de Justiça sob pena de afronta ao texto expresso de lei.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e deferimento da revisão criminal, promovendo a adequação da pena para o quantum de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantida, no demais a pena aplicada.

Este é o voto.

Agravo Interno n. 0000269-06.2017.8.24.0000/5001, de Blumenau

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA AGRAVADA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO HC 138.086/RJ. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* NO DIREITO PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. TAXATIVIDADE DO ROL DO ART. 117 DO CÓDIGO PENAL. MARCO INTERRUPTIVO NÃO CONFIGURADO.

Como o direito penal não admite o emprego da analogia ou interpretação extensiva em prejuízo do acusado, o acórdão confirmatório da sentença condenatória não pode ser considerado causa interruptiva da prescrição, uma vez que se trata de hipótese não constante do rol do art. 117 do Cód. Penal. Precedentes desta Corte. Entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção).

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0000269-06.2017.8.24.0000/5001, da comarca de Blumenau 1ª Vara Criminal em que é Agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Agravado Pâmela Cristina Farias.

A Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso do Ministério Público e negar-lhe provimento, vencidos os Exmos. Desembargadores Carlos Alberto Civinski e Getúlio Corrêa, que davam provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Carlos Alberto Civinski, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Desembargador Zanini Fornerolli, Desembargador Getúlio Corrêa, Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer e Desembargador Luiz Cesar Schweitzer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 31 de outubro de 2018.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público contra decisão monocrática terminativa, proferida por este relator em sede de embargos infringentes, que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente, declarando extinta a punibilidade de Pâmela Cristina Farias.

Sustenta o agravante, em síntese, que a decisão impugnada foi de encontro ao entendimento adotado recentemente pela Suprema Corte, no sentido de que o acórdão confirmatório de sentença condenatória é marco interruptivo para fins de contagem do prazo prescricional, e, portanto, ainda não teria escoado lapso temporal superior a 4 (quatro) anos, razão pela qual requer “*o conhecimento e provimento do presente Agravo Interno pelo Segundo Grupo Criminal, para afastar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, com a consequente análise dos Embargos Infringentes interpostos pela defesa*” (fl. 318).

A agravada, ainda que intimada na forma do art. 1.021, § 2º, do Código de Processo Civil, deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para manifestação acerca do mérito recursal (fl. 324).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Consta dos autos n. 0029041-67.2008.8.24.0008 que Pamela Cristina Farias foi condenada à pena de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 4 (quatro) dia de reclusão, bem como ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, fixados no mínimo legal, por infração ao art. 155, § 4º, I e IV, c/c os arts. 61, I, e 65, III, “d”, todos do Código Penal (fls. 152).

Irresignada, a ora agravada interpôs apelação criminal (fls. 176-186), distribuída à Terceira Câmara Criminal, que negou provimento ao reclamo (fls. 215-222).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça anulou o julgamento, por ausência de intimação do defensor (fl. 254), e, em nova sessão, realizada em 14 de fevereiro de 2017, o Órgão Fracionário novamente conheceu do apelo, porém manteve a posição anteriormente exarada, vencida a Des. Cinthia Beatriz S. Bittecourt Schaefer que, de ofício, afastava a qualificadora do arrombamento, por ausência de laudo pericial (fls. 265-276).

Novamente inconformada, Pamela opôs embargos infringentes, distribuídos a este relator, que, por decisão monocrática, declarou a extinção da punibilidade, diante da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente.

A discussão do presente agravo cinge-se à (im)possibilidade da interrupção do prazo prescricional pelo acórdão confirmatório da condenação proferida em primeira instância.

Com a devida *venia* ao posicionamento adotado recentemente pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, muito bem explanado pelo Ministério Público nas razões recursais, deve prevalecer o entendimento reiteradamente adotado pela maioria desta Corte de Justiça, no sentido de que a decisão colegiada que apenas mantém o édito condenatório, ainda que modifique a pena, não tem o condão de interromper o prazo prescricional.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, intérprete máximo das leis infraconstitucionais, “*há muito, firmou entendimento de que a expressão “acórdão condenatório recorrível”, prevista no art. 117, inciso IV, do Código Penal, com o texto dado pela Lei n.º 11.596/2007, possui alcance semântico*

bem delimitado, não abrangendo o decisum que se restringe a confirmar a sentença condenatória” (AgRg no AREsp 1040088/ES, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 18/9/2018, DJe 1/10/2018).

Explica-se.

As causas interruptivas de prescrição encontram-se elencadas no art. 117 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

O mérito recursal refere-se, justamente, à interpretação a ser conferida ao inciso IV do dispositivo supracitado, tendo em vista que o rol é taxativo, não admitindo qualquer ampliação. Afinal, as hipóteses de interrupção não beneficiam o réu, pelo contrário, reiniciam a contagem do prazo prescricional.

Acerca do assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona:

[...] a modificação introduzida pela Lei 11.596/2007, acrescentando ao inciso IV do art. 117 o acórdão condenatório, coloca fim a um dos pontos controversos em matéria de interrupção da prescrição. Outros, infelizmente permanecem. Devemos salientar que já era jurisprudência majoritária a equiparação do acórdão condenatório (significa ter havido absolvição em primeiro grau, pois, do contrário, o acórdão estaria confirmando a anterior sentença e não condenando pela primeira vez) à sentença condenatória recorrível. Defendia-se que o acórdão poderia ser considerado como “sentença recorrível”, se fosse a primeira decisão condenatória do processo, aliás, porque seria ela a fixar o quantum para o cálculo da prescrição *in concreto*. [...] E quanto ao acórdão confirmatório da decisão condenatória? Não foi incluído na alteração. Logo, nesse caso, não se pode utilizá-lo para a interrupção da prescrição. Seria uma interpretação extensiva desnecessária e contrária aos interesses do réu. Olvidou-se boa oportunidade para tê-lo incluído também como causa interruptiva da prescrição. Nem se siga que o acórdão condenatório é o mesmo que o acórdão confirmatório da condenação. Com a devida vênia, não é. O acórdão condenatório está em contraposição à sentença absolutória de primeira instância. Caso a decisão do colegiado simplesmente mantenha o que foi concretizado em primeiro grau, é acórdão confirmatório, embora substitua a sentença para efeito de cumprimento em execução (Código Penal comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 699 – grifou-se).

Debruçando-se sobre o tema, acrescenta-se, preleciona Cezar Roberto Bitencourt:

Acórdão condenatório naturalmente é aquele que reforma uma decisão absolutória anterior, condenando efetivamente o acusado.

Seria desnecessário invocarmos o velho adágio de que a lei penal material não tem palavras inúteis e tampouco se podem acrescer palavras inexistentes. Com efeito, em um mesmo processo somente se pode condenar uma vez, e não há a figura processual de recondenação, confirmação, ratificação, homologação, etc. A partir da existência

da condenação num determinado processo, todo o esforço conhecido pela dialética processual é a busca de sua reforma, para absolver o condenado. À acusação ainda é permitida a tentativa de agravar a situação do acusado, elevando sua pena ou endurecendo o regime de seu cumprimento.

Em síntese: a existência de uma decisão condenatória impede que, no mesmo processo, haja nova condenação do réu. Ninguém desconhece que qualquer tribunal, quando aprecia o apelo da defesa de uma decisão condenatória, e não acata as razões recursais, não profere nova condenação, mas, simplesmente, nega provimento do apelo da defesa, que não se confunde com acórdão condenatório (Código Penal Comentado, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 433 – grifou-se)

Em outra passagem, destacando a impossibilidade do emprego da interpretação extensiva e da analogia para suprir a omissão do legislador, destaca:

O direito penal material não admite interpretação extensiva, especialmente para agravar a situação do acusado. Na realidade, esse entendimento ampliativo está fazendo não apenas uma interpretação extensiva, mas analogia in malam partem, inadmissível em direito penal material. Ademais, analogia não é propriamente forma de interpretação, mas de ampliação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa, da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, como ocorre no presente caso, em que o entendimento ampliativo busca colmatar uma lacuna da lei. Enfim, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico, inaplicável na hipótese que ora analisamos (ob. cit., p. 434 – grifou-se).

Abre-se um parêntesis para ressaltar: não é alheia ao Judiciário a preocupação com a impunidade que o reconhecimento da extinção da punibilidade em face da prescrição muitas vezes implica, assim como não se ignora o seu importante papel na concretização das normas e sua capacidade para criação do próprio Direito, o que é inerente à função jurisdicional, até porque, *“O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam.”* (Henri de Page, 1933).

Contudo, o que não se pode admitir, é que regras e princípios fundamentais do direito penal moderno sejam simplesmente desprezados a fim de impedir uma consequência naturalmente decorrente da aplicação da lei penal. Tal operação, a nosso aviso, acaba por ferir de morte valores básicos de um Estado Democrático de Direito, cuja preservação é dever do Poder Judiciário.

É recorrente a lição de Mauro Capelletti:

“O bom juiz pode ser criativo dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se”; no entanto, não pode agir “com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse, deixaria simplesmente de ser juiz (...) O juiz não pode ser um criador completamente livre de vínculos” (Juízes Legisladores. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993).

Afinal, do contrário, *“Onde irá a certeza do direito se cada Juiz se arvorar de legislador?”* (RT 604/43).

Logo, o acórdão confirmatório da sentença condenatória, mesmo que modifique a pena aplicada, não interrompe o prazo prescricional, pois, *“tal ato jurisdicional não se conforma teleologicamente*

com o conceito de acórdão condenatório, conforme o previsto no art. 117, IV, segunda parte, do CP, tendo em vista que a pretensão condenatória já fora alcançada na sentença” (AgRg no REsp 1699907/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 18/9/2018, DJe 26/9/2018).

Referida operação ultrapassa os limites da exegética permitida em matéria de direito penal material, configurando verdadeiro processo de integração da norma jurídica em prejuízo do acusado, com inequívoca subversão a elementar princípio de direito penal.

O nosso egrégio Tribunal de Justiça, sobre o tema, assim já decidiu:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM *HABEAS CORPUS*, QUE CONCEDEU A ORDEM E RECONHECEU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGRAVADO, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO. CONDENAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA PENA DE 1 (UM) ANO DE DETENÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 4 (QUATRO) ANOS (ART. 109, V, DO CP). ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO QUE NÃO SUSPENDE NEM INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO INICIAL CONTADO A PARTIR DA DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO (ART. 112, I, DO CP). AUSÊNCIA DE CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS (ARTS. 116 E 117 DO CP). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Agravo Interno n. 4010871-67.2018.8.24.0900, de Blumenau, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. em 21/8/2018 – grifou-se).

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM A NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03), RECEPÇÃO (ART. 180, § 6º, DO CÓDIGO PENAL), E FURTO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA (ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO QUANTO A ATO QUE NÃO RECONHECEU A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM SUA FORMA INTERCORRENTE QUANTO A DOIS CRIMES. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, PASSÍVEL DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. LAPSO TEMPORAL EXIGIDO AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VERIFICADO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL. ORDEM CONCEDIDA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUESTÕES DEDUZIDAS QUE DEMANDAM EXAME APROFUNDADO E VALORAÇÃO DA PROVA. VIA INADEQUADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. “O acórdão que confirma a condenação não tem o condão de interromper a prescrição. Com efeito, o art. 117, inciso IV, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 11.596/2007, traz como marco interruptivo a “publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Portanto, não se tratando de acórdão condenatório, mas meramente confirmatório, tem-se que o marco interruptivo se verificou apenas com a sentença condenatória”. (STJ - HC n. 365.859/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 22/11/2016) (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4012243-69.2017.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. em 27/7/2017 – grifou-se).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE SOMOU AS PENAS, RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DE PARTE DOS DELITOS EXECUTADOS E, TAMBÉM EM PARTE, RECONHECEU A CONTINUIDADE DELITIVA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. I - PEDIDO PARA APLICAÇÃO DO CRIME CONTINUADO ENTRE TODOS OS PEC'S EXECUTADOS PELA APENADA. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO EM PRIMEIRO GRAU CONCEDENDO A BENESSE. PERDA DO OBJETO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. II - PEDIDO PARA RECONHECIMENTO

DA PRESCRIÇÃO DE DUAS CONDENAÇÕES. PROVIMENTO PARCIAL. CONDENAÇÃO EXECUTADA NO PEC 0001072-36.2016.8.24.0125 ATINGIDA PELA PRESCRIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DE QUATRO ANOS TRANSCORRIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O TRÂNSITO EM JULGADO DEFINITIVO. “[...] 2. Nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte, o acórdão confirmatório da sentença condenatória, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição. [...] (e-STJ fl. 48). [...]” (HC 389.757/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017). III - SOMA DE PENAS. REPRIMENDAS PROVISÓRIAS SOMADAS À REPRIMENDAS DEFINITIVAS. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇAS CONDENATÓRIAS CONFIRMADAS POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO RECENTE DO STF QUE PERMITE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REEDUCANDA QUE JÁ SE ENCONTRA SEGREGADA POR FORÇA DE OUTRAS CINCO CONDENAÇÕES. DECISÃO ACERTADA NO PONTO. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. IV - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0002344-30.2016.8.24.0072, de Tijucas, rela. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Primeira Câmara Criminal, j. em 29/6/2017 – grifou-se).

Observe-se que, mesmo após os precedentes citados no reclamo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se manteve pacífica no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação não constitui marco interruptivo, justamente porque o entendimento em contrário importa em interpretação ou integração vedada pelo direito penal.

Inclusive, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, competente para a uniformização da interpretação das leis infraconstitucionais em matéria criminal, reafirmou recentemente o referido entendimento:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. I - Conforme disciplinado no artigo 109, IV, do Código Penal, ocorre a prescrição da pretensão punitiva no prazo 8 (oito) anos se a pena aplicada for superior a 2 (dois) anos e não exceder 4 (quatro) anos.

No presente caso, cabe reconhecer, de fato, a prescrição da pretensão punitiva, pois passados mais de 8 (oito) anos, entre a publicação da sentença condenatória (17/5/2010) e a data atual, sem a ocorrência de outro marco interruptivo, uma vez que o embargante foi condenado à pena de 3 anos, 2 mês e 10 dias de reclusão.

II - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação não é causa interruptiva da prescrição. Precedentes.

Embargos de declaração acolhidos para declarar extinta a punibilidade (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1169413/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 4/10/2018, DJe 15/10/2018).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 334, § 3º, DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O acórdão confirmatório da condenação não constitui marco interruptivo da prescrição, ainda que reduzida a pena.
2. Decorrido lapso temporal superior a 8 anos entre os marcos interruptivos, operou-se a prescrição da pretensão punitiva da pena fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão.

3. Agravo regimental improvido (AgRg na PET nos EAREsp 631.256/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 8/8/2018, DJe 13/8/2018).

Na hipótese, portanto, mantida por esta Corte a reprimenda em 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, a prescrição amolda-se ao disposto no art. 109, V, do Código Penal, cujo comando prescritivo se dá “*em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois*”.

Não há como cogitar-se no caso presente de que a posterior prisão da agravada tenha interrompido o curso da prescrição, visto que, a despeito da determinação do juízo *a quo* para o imediato cumprimento da decisão proferida pela Terceira Câmara Criminal, verifica-se que houve um equívoco na expedição do mandado de prisão, tendo em vista que não havia sido esgotada a jurisdição ordinária – inclusive a agravada opôs embargos infringentes contra o acórdão que confirmou a sentença condenatória.

Assim, ainda que se aceitasse o argumento de que, com a possibilidade de execução provisória da sanção corporal, seria cabível a interrupção da prescrição punitiva estatal “*pelo início ou continuação do cumprimento da pena*”, a teor do disposto no art. 117, V, do Código Penal, impossível seria sua aplicação ao presente caso.

A propósito, “*o Supremo Tribunal Federal, acompanhado por esta Corte Superior de Justiça, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio da presunção de inocência, desde que tenha ocorrido o exaurimento das instâncias ordinárias, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária*” (HC 441.590/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 22/5/2018, DJe 29/5/2018).

Logo, considerando que, entre a data da publicação da sentença condenatória (12/6/2013, fl. 159) até a prolação da decisão monocrática (27/7/2018), havia transcorrido mais de 4 (quatro) anos, e, pelas razões acima expostas, ausentes causas interruptivas/suspensivas, a manutenção do *decisum* é medida de rigor, a teor dos arts. 109, V, c/c o 110, § 1º, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento e não provimento do reclamo.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski

Divergi da douta maioria pela razões a seguir expostas.

Discute-se possibilidade ou não da interrupção do prazo prescricional pelo acórdão confirmatório da condenação proferida em primeiro grau.

A prescrição, como é cediço, “é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto” (MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1017).

Ainda sobre o instituto em questão, colaciono:

A prescrição é a perda do direito de punir decorrente do decurso de determinado prazo sem que a ação penal tenha sido proposta por seu titular ou sem que consiga concluí-la (prescrição da pretensão punitiva), ou, ainda, a perda do direito de executar a pena por não conseguir o Estado dar início ou prosseguimento a seu cumprimento

dentro do prazo legalmente estabelecido (prescrição da pretensão executória) (GONÇALVES, Victor Eduardo R.; ESTEFAM, André. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 708).

Dentre essas duas espécies de prescrição, surge, na prescrição da pretensão punitiva, duas “subespécies” denominadas prescrição retroativa e prescrição intercorrente. Segundo Cezar Roberto Bittencourt:

A prescrição intercorrente também leva em consideração a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória; poder-se-ia dizer, trata-se de uma subespécie da prescrição retroativa.

As prescrições *retroativa* e *intercorrente* assemelham-se, com a diferença de que a retroativa se volta para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, em regra, e a intercorrente se dirige para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível. Na verdade, a própria prescrição intercorrente tem caráter retroativo, pois, quando de seu reconhecimento volta-se para o passado até a decisão condenatória, que é seu marco inicial.

[...]

Para encontrar o prazo prescricional, na modalidade intercorrente, devem-se adotar as seguintes providências: a) *tomar a pena concretizada na sentença condenatória* - dever-se-á computar toda a pena aplicada, com exceção da majoração decorrente do concurso formal próprio e do crime continuado. [...] b) *verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 do CP)*; c) *analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade é a do art. 115 (Código penal comentado, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 412-413)*.

A partir dessas balizas, verifica-se que a pretensão do recorrente é voltada à cassação da decisão monocrática que reconheceu a prescrição em sua modalidade intercorrente, sob o argumento de que o acórdão confirmatório da condenação deve ser utilizado como marco interruptivo.

A despeito desse entendimento refletir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (ARE 1130096 Rel. para o acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 7-8-2018, m.v.), o qual, igualmente, vinha sendo adotado pela Primeira Câmara Criminal desta Corte de Justiça, por um conjunto de diferentes razões, detalhadas no julgamento dos *Habeas Corpus* 4009945-41.2016.8.24.0000 e 4010839-46.2018.8.24.0000, este desembargador revisou seu posicionamento sobre o tema, passando a adotar a orientação do Tribunal da Cidadania, no sentido de que “o acórdão que confirma a condenação, mas majora ou reduz a pena, não constitui novo marco interruptivo da prescrição” (AgRg no HC 426.775/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 15.5.2018, v.u.).

No entanto, por fundamentação diversa àquela aventada pelo Ministério Público em suas razões recursais, o recurso comporta provimento.

Isso porque a pretensão punitiva do Estado não foi alcançada pela prescrição na sua modalidade intercorrente, tendo em vista o início da execução provisória da pena, que é causa suficiente a interromper o curso do prazo prescricional.

A propósito, eis o precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE INTERROMPE O CURSO

DO PRAZO PRESCRICIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal. Acrescente-se que a decisão proferida pelo Tribunal em sede de apelação substitui a sentença recorrida, consoante reiteradamente proclamado em nossa legislação processual (art. 825 do CPC/1939; art. 512 do CPC/1973; art. 1.008 do CPC/2015). Entendimento firmado à unanimidade pela Primeira Turma. 2. Manutenção da posição majoritária do STF. No julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016), o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que a execução provisória de condenação penal confirmada em grau de apelação, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse entendimento foi confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (julgadas em 5/10/2016), oportunidade na qual se decidiu, também, pelo indeferimento do pedido de modulação dos efeitos. No exame do ARE 964.246 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016), pelo rito da repercussão geral, essa jurisprudência foi também reafirmada. 3. Habeas corpus denegado. (HC 138088, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 24-11-2017 PUBLIC 27-11-2017, d. m.).

No mesmo sentido, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, intérprete máximo da legislação infraconstitucional, decidiu que o início da execução da pena em caráter provisório é causa interruptiva da prescrição, nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. MARCO INTERRUPTIVO. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Nos termos do art. 117, V, do CP, constitui causa interruptiva da prescrição o início da execução da pena. 2. Não corre o prazo prescricional enquanto o agente está cumprindo pena, ainda que determinada em execução provisória. 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 1346605/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018, v. u.).

Por oportuno, ressalto as razões invocadas pelo Ministro Rogério Schietti no voto-vista proferido naquele julgamento colegiado:

O ponto a ser examinado implica definir se a execução antecipada da pena caracteriza o marco interruptivo da prescrição estabelecido no art. 117, V, do Código Penal.

Como amplamente divulgado, em 2016, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a execução do acórdão criminal proferido em segundo grau de jurisdição antes do trânsito em julgado definitivo.

Essa orientação foi assentada, inicialmente, no julgamento do HC n. 126.292/SP (Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/5/2016) e, posteriormente, reiterada no ARE n. 964.246/SP (julgado em 11/11/2016, com repercussão geral) e também nas Medidas Cautelares nas ADCs n. 43 e 44.

O Ministro Edson Fachin, na análise da Medida Cautelar na ADC n. 44, reportando-se ao paradigmático HC n. 126.292/SP, consignou que “a disposição geral que exige trânsito em julgado da condenação para produção de efeitos não é incompatível com a especial regra que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não são ordinariamente dotados de efeitos suspensivos”.

Não cabe aqui debater o acerto ou desacerto da posição adotada pela Corte Suprema, ciente da repercussão da questão nos meios jurídico e acadêmico, mas buscar uma forma de harmonizar e viabilizar a nova diretriz na ordem jurídica estabelecida.

A prisão imposta ao réu, em razão de sentença condenatória, nos moldes determinados pelo STF, ainda que condicionada ao trânsito em julgado futuro, concretiza, no plano fático, a causa interruptiva da prescrição prevista no art. 117, V, do Código Penal.

A doutrina majoritária e a jurisprudência das Cortes Superiores, salvo alguma exceção, até então, sempre avaliaram a previsão do art. 117, V, como marco interruptivo apenas da prescrição da pretensão executória.

Essa concepção amparava-se, essencialmente, na impossibilidade do cumprimento da pena, antes do trânsito em julgado definitivo da sentença (art. 5º, LVII, da CF/1988) e, no plano infraconstitucional, na interpretação conjunta do citado art. 117, V, com o art. 110 do Código Penal, o qual prevê as hipóteses de prescrição após o trânsito em julgado da condenação.

Contudo, o art. 117 não condiciona a interrupção do prazo prescricional, em nenhum de seus incisos, ao trânsito em julgado da condenação.

Rogério Sanches Cunha leciona que: “A causa interruptiva do inciso V do art. 117 sempre foi tratada como sendo relativa apenas à prescrição da pretensão executória porque vedava-se a execução provisória da pena. O dispositivo legal, no entanto, não contém nenhuma menção expressa ao fato de que sua aplicação se restringe à prescrição da pretensão executória. Se a decisão do STF permite – ainda que a título provisório – o início do cumprimento da pena, não há nenhum motivo para impedir a incidência da mencionada causa interruptiva. E, uma vez interrompido o prazo, a prescrição não volta a correr em virtude do disposto no § 2º do art. 117” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 6. ed. Salvador: jusPODIVM, 2018, p. 383).

O início do cumprimento da pena restritiva de liberdade, independente do momento processual em que haja sido determinado – antes ou depois do trânsito em julgado –, caracteriza o começo de uma execução definitiva e permanente do título judicial.

A privação da liberdade é o efeito da condenação criminal mais danoso ao indivíduo. A pena, uma vez executada, no todo ou em parte, não mais permite que seja restabelecido o status quo ante, porquanto exaurida no tempo e no espaço sua finalidade. Em outras palavras, cada dia de encarceramento de uma pessoa a título de pena jamais será restituído, ainda que possa haver, posteriormente, a reversão do juízo condenatório, por meio dos recursos extraordinários ou da revisão criminal.

A prescrição tem como uma de suas vertentes a prevenção e/ou punição da inércia estatal no exercício do jus puniendi. Não contribui para a efetividade do processo criminal, nem para a pacificação social, que o réu, no curso do cumprimento da pena, seja a título antecipado ou irreversível, tenha a seu favor o fluxo de prazo prescricional que poderá fulminar a pretensão punitiva ou a executória por inércia estatal que não mais se verifica.

Ademais, não é compatível com a efetividade do direito penal, na linha do princípio da proibição da proteção deficiente, que, uma vez definido o início do cumprimento da pena – advirto novamente, nos moldes assentados pelo STF – tal fato não tenha o condão de interromper ou nem mesmo impedir a fluência do prazo prescricional.

Essa nova visão do art. 117, V, do CP não conflita com a ordem jurídica vigente, uma vez que aplicável tão somente àqueles casos em que for estipulado o cumprimento antecipado da pena. Vale recordar que essa determinação não é obrigatória e nem incide em todos os feitos criminais. Tem-se, como exemplo, a impossibilidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, conforme atual jurisprudência deste Superior Tribunal.

É importante, pois, definir alguns parâmetros:

O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, ocorre a partir da publicação da sentença ou do acórdão condenatório (art. 117, IV, do CP) e se encerra com o trânsito em julgado definitivo da condenação (para ambas as partes).

Assim permanecerá para os feitos em que não for admitida ou suspensa a execução antecipada. Uma vez iniciado o cumprimento antecipado da pena, o prazo prescricional da pretensão punitiva será interrompido e impedido de fluir enquanto perdurar o encarceramento, consoante a previsão do art. 117, V, e § 2º, do Código Penal.

O mesmo se dará com o prazo da prescrição da pretensão executória, nos casos em que haja ocorrido o trânsito em julgado para acusação ou caracterizada a situação de impossibilidade de incremento na pena (arts. 110, § 1º, e 112, I, ambos do CP).

A interrupção do prazo prescricional, nessa nova configuração, se caracteriza com o início da execução da pena – previsão literal do art. 117, V, do CP – que somente acontece com o efetivo cumprimento do mandado de prisão ou o eventual comparecimento espontâneo do réu, tal como hoje ocorre nos casos da prescrição da pretensão executória, conforme explicitado nos seguintes julgados:

[...] 3. A jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento de que apenas o efetivo início do cumprimento da condenação é evento apto a caracterizar marco interruptivo do prazo prescricional, razão pela qual a simples expedição de carta de sentença não obsta o implemento da prescrição da pretensão executória. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 222.566/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 18/8/2014, destaquei)

[...] 4. O cumprimento do mandado de prisão para o início da execução da pena, nos termos do art. 117, V, do Código Penal, constitui o marco interruptivo da prescrição, não importando o regime a que tenha sido submetido quando do cumprimento da aludida ordem de prisão, porque decorrente do trânsito em julgado da sentença condenatória, e perfeitamente constituído o título executório, legítima é a ordem de recolhimento [...] 6. Impetração não conhecida. (HC n. 265.119/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª T., DJe 10/6/2013, grifei) [...]. (grifado)

O novel entendimento tem motivado, inclusive, decisões monocráticas no âmbito da Corte de Uniformização, a exemplo da que foi tomada nos autos do Recurso Especial 1.751.705/SP, em 11-9-2018, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz.

No caso, a agravada foi condenada ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 4 (quatro) dia de reclusão, bem como ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I e IV, c/c os arts. 61, I, e 65, III, “d”, todos do Código Penal (fls. 152-158).

A decisão foi publicada em cartório no dia 12-6-2013 (fl. 159).

A Terceira Câmara Criminal, em sessão de julgamento realizada em 15-7-2014, negou provimento à apelação criminal interposta pela defesa (fl. 213).

Em virtude de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Habeas Corpus 340055/SC, desconstituindo o trânsito em julgado da condenação e anulando o julgamento do recurso, o Órgão Fracionário, em nova sessão, datada de 14-2-2017, conheceu do reclamo e, por maioria de votos, negou-lhe provimento, “determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor da apelante” (fl. 265).

Vencida a Desembargadora Cinthia Beatriz S. Bittencourt Schaefer que, de ofício, “não reconhece a qualificadora do arrombamento por ausência de laudo pericial” (fl. 265).

Irresignada, a defesa opôs embargos infringentes.

Lembro, embora não seja objeto da insurgência, que a interposição de embargos infringentes não obsta a imediata expedição de mandado de prisão, quando a divergência que ensejou sua oposição é apenas parcial, não havendo dúvidas quanto à culpabilidade do réu.

Consoante o processo de execução penal 0007726-36.2015.8.24.0008, o mandado de prisão resultou cumprido em 6-3-2017 (fl. 93, daqueles autos).

A partir dessas balizas, o prazo prescricional aplicável ao caso concreto é de 4 (quatro) anos (CP, inciso V do art. 109).

Não se aplicam nenhuma das circunstâncias descritas nos arts. 115 e 116 do Código Penal.

Dessa forma, entre os marcos interruptivos previstos nos incisos IV e V do art. 117 do mesmo diploma legal, a saber, a publicação da sentença penal condenatória (ocorrida em 12-6-2013) e o início do cumprimento da pena (ocorrido em 6-3-2017), **não** decorreu lapso superior a 4 (quatro) anos.

Por essas razões, com a devida venia ao entendimento diverso, fiquei vencido ao votar pelo provimento do recurso para cassar a decisão monocrática que extinguiu a punibilidade de Pâmela Cristina Farias, determinando o prosseguimento dos embargos infringentes.

Florianópolis, 23 de novembro de 2018.

Carlos Alberto Civinski
DESEMBARGADOR

Agravo Interno Nº 0000269-06.2017.8.24.0000/5001, de Blumenau

Declaração de Voto Vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Getúlio Corrêa

Divergi da douta maioria pelas mesmas razões expostas pelo Excelentíssimo Desembargador Carlos Alberto Civinski quando da lavratura do seu voto vencido às 340-346, as quais adiro.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2018.

Getúlio Corrêa
Desembargador

Revisão Criminal n. 0132230-75.2014.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Desembargador Zanini Forneroli

REVISÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL) EM CONTINUIDADE DELITIVA.

PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EM RELAÇÃO AO ROUBO PRETÉRITO DE UM AUTOMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – CRIME QUE NÃO ERA IMPRESCINDÍVEL PARA A REALIZAÇÃO DO DELITO-FIM – ACUSADOS QUE INCLUSIVE JÁ SE ENCONTRAVAM EM PODER DE OUTRO VEÍCULO.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para a aplicação do princípio da consunção exige-se, obrigatoriamente, a constatação do nexos de dependência entre o crime-meio e o crime-fim. Assim, somente poderá ser absorvido aquele delito que é necessariamente meio de preparação ou execução para outro.

DOSIMETRIA – PRIMEIRA FASE – UTILIZAÇÃO DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME PARA EXASPERAR A PENA-BASE – AUMENTO DEVIDO – ACUSADOS QUE SE DESLOCARAM DE OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO UNICAMENTE PARA COMETER O DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA – MUNICÍPIO VISADO UNICAMENTE EM RAZÃO DE SUA BAIXA POPULAÇÃO – AÇÃO ENVOLVENDO ROUBO DE VEÍCULOS, USO OSTENSIVO DE ARMAS DE FOGO E RENDIÇÃO DE POLICIAIS – EMPREITADA QUE PROVOCOU SÉRIO ABALO NA LOCALIDADE.

I – Mostra-se escorreita a exasperação da pena-base fundada na negatização da culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, quando os agentes, de maneira profissional, se deslocam desde outro Estado da Federação, visando unicamente o cometimento de crime em município do interior, logicamente menos policiado.

II – Inconteste, ainda, o abalo que tal empreitada – praticada mediante o roubo de veículos, uso ostensivo de armas de fogo, rendição de policiais e ataques a uma instituição financeira e a uma agência dos correios – traz a um município do interior, de pequena população.

PLEITO DE COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO – EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO PRETÉRITA POR CRIME PATRIMONIAL IDÊNTICO – COMPENSAÇÃO QUE DEVERÁ SE DAR DE MANEIRA PROPORCIONAL.

Consoante reiterado entendimento firmado por esta Corte, torna-se inviável a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea quando se verifica que o agente é multirreincidente ou reincidente específico.

ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA 443 DO STJ QUANDO DA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ROUBO – ENTENDIMENTO UTILIZADO QUE, À ÉPOCA DA SENTENÇA, PERMITIA UM CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO PURAMENTE MATEMÁTICO – INVIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE JULGADO PAUTADO APENAS EM ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL – NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

A Constituição Federal permite apenas a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu (art. 5º XL), de modo que não se pode aplicar tal permissão no tocante aos entendimentos jurisprudenciais, sob de, dada a natureza

mais mutável destes, começar a se admitir uma mudança corriqueira em decisões já transitadas em julgado, o que traria enorme insegurança ao meio jurídico. Precedentes.

INSURGÊNCIA ACERCA DO *QUANTUM* DE AUMENTO REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA – QUESTÃO JÁ DISCUTIDA QUANDO DA PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO ATACADO – NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.

Por se tratar de instrumento processual destinado à correção de eventuais erros do Judiciário, caso verificada alguma das hipóteses previstas no art. 621 do Código Penal, não será admitida a revisão criminal quando a questão suscitada já tiver sido devidamente debatida por esta Corte, sob pena de se promover uma nova devolução da matéria ao juízo ad quem, o que não é o objetivo da norma (nesse sentido: TJSC, Revisão Criminal n. 4030084-77.2017.8.24.0000, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 28.02.2018; Revisão Criminal n. 4024811-20.2017.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 31.01.2018; Revisão Criminal n. 4014278-02.2017.8.24.0000, rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 13.12.2017).

REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE CONHECIDA E NÃO ACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 01322230-75.2014.8.24.0000, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz 2ª Vara em que é/são Requerente(s) Márcio Soares Padilha.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente e não acolher o pedido de revisão. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Des. Salete Silva Sommariva, presidente com voto, e os Exmos. Des. Carlos Alberto Civinski, Ernani Guetten de Almeida, Volnei Celso Tomazini, Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Luiz Cesar Schweitzer e Sidney Eloy Dalabrida.

Florianópolis, 26 de setembro de 2018.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina em favor de Márcio Soares Padilha, a fim de desconstituir acórdão da Segunda Câmara Criminal desta Corte (autos nº 2005.022307-4, com trânsito em julgado em 25.10.2005), o qual deu parcial provimento ao apelo, a fim de reformar a sentença proferida na origem (ação penal nº 057.04.002231-1) e condenar o revisando à pena de 12 (doze) anos, 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, além de 42 (quarenta e dois) dias-multa, pela prática, por três vezes, do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Em suas razões, defende a necessidade de mudanças no tocante à dosimetria da pena. Primeiramente, (i) pugna pelo reconhecimento do roubo do veículo Fiat Siena como antefato impunível, já que tal delito constituiu uma fase para a consecução do crime de roubo contra a instituição financeira, o crime-fim. Ataca, ainda, (ii) a valoração negativa da culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, cuja fundamentação reputou como inexistente, de modo que a pena-base deverá ficar no mínimo; (iii)

na segunda fase, pugna pela compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea; enquanto que na derradeira etapa (iv) ataca o aumento puramente matemático, decorrente do concurso de agentes e emprego de arma de fogo, o qual reputou como contrário à Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça; (v) e a majoração decorrente da continuidade delitiva, entendida como excessiva.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernani Dutra, que se manifestou pelo parcial acolhimento do pedido de revisão.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de revisão criminal ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina em favor de Márcio Soares Padilha, a fim de desconstituir acórdão da Segunda Câmara Criminal desta Corte (autos nº 2005.022307-4, com trânsito em julgado em 25.10.2005), o qual deu parcial provimento ao apelo, a fim de reformar a sentença proferida na origem (ação penal nº 057.04.002231-1) e condenar o revisando à pena de 12 (doze) anos, 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, além de 42 (quarenta e dois) dias-multa, pela prática, por três vezes, do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Em suas razões, defende a necessidade de mudanças no tocante à dosimetria da pena. Primeiramente, (i) pugna pelo reconhecimento do roubo do veículo Fiat Siena como antefato impunível, já que tal delito constituiu uma fase para a consecução do crime de roubo contra a instituição financeira, o crime-fim. Ataca, ainda, (ii) a valoração negativa da culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, cuja fundamentação reputou como inexistente, de modo que a pena-base deverá ficar no mínimo; (iii) na segunda fase, pugna pela compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea; enquanto que na derradeira etapa (iv) ataca o aumento puramente matemático, decorrente do concurso de agentes e emprego de arma de fogo, o qual reputou como contrário à Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça; (v) e a majoração decorrente da continuidade delitiva, entendida como excessiva.

Preliminarmente, há de se destacar que, ainda que não expressamente previsto no rol do art. 621 do Código de Processo Penal, admite-se, tanto no âmbito desta Corte quanto no Superior Tribunal de Justiça, a revisão criminal fundada em matéria atinente à dosimetria da pena, quando se tratar de caso de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia (TJSC: RCr nº 4002435-40.2017.8.24.0000, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. em 25.10.2017; RCr nº 4007976-88.2016.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 26.10.2016. Do STJ: AgRg no AREsp nº 538.603/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 09.09.2014). Tem-se admitido, ainda, a utilização da revisão criminal como forma de combater erro técnico ou explícita injustiça quando da fixação da pena (TJSC, RCr nº 2011.055526-2, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 01.12.2011).

1. Da absorção do crime de roubo do veículo Siena.

O primeiro ponto de insurgência se resume à suposta absorção do roubo do veículo Siena,

ao argumento de que tal delito constituiu uma fase para a consecução do crime de roubo contra a instituição financeira, sendo este o verdadeiro crime-fim.

Conforme análise do feito, o ora revisando, em comunhão de esforços e em evidente *animus* associativo com outros 3 (três) indivíduos, decidiu assaltar a agência bancária do BESC, assim como outros estabelecimentos comerciais, no município de Anitápolis/SC.

Assim, na manhã do dia 1º de setembro de 2004, por volta das 10h30min, dois dos agentes - vulgos “Magrinho” e “Negão” - se dirigiram até um ponto de táxi em Palhoça/SC, onde, após simularem a contratação dos serviços de um taxista, subtraíram para si, mediante grave ameaça, o respectivo veículo, VW/Santana.

Após tal empreitada criminosa, “Magrinho” e “Negão” se deslocaram até Anitápolis/SC, a fim de buscarem os demais comparsas, “Grandão” e Márcio Soares, vindo, em seguida, a realizarem novo roubo, desta vez um veículo Fiat/Sienna Fire, abandonando, pouco depois, o automóvel originalmente tomado e partindo então para a prática do crime de roubo contra uma agência bancária e outra dos correios.

O que se vê de tal relato, portanto, é que o roubo dos veículos não foi, em nenhum momento, um meio essencial para a prática dos delitos contra as agências bancárias e dos correios. Ao contrário do ato de render os vigiais dos referidos locais, privando-os de suas armas – ações estas que possuíam sim uma ligação direta com o ataque aos estabelecimentos – o roubo do automóvel Siena não se mostrou como um ato logicamente antecedente e necessário, tanto é que os agentes poderiam ter realizado o roubo com o sem o veículo. Aliás, tanto é verdade que, momentos anteriores, já haviam realizado crime parecido, oportunidade onde se assenhoraram de um táxi, conforme narrado.

Nesse sentido, aliás, são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que para aplicação do princípio da consunção exige-se, obrigatoriamente, a constatação do nexo de dependência entre o crime-meio e o crime-fim. Assim, somente poderá ser absorvido aquele delito que é necessariamente meio de preparação ou execução para outro (STJ, HC n. 377.519/RJ, rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, dje de 09.02.2017; HC n. 453.227/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 21.08.2018; RHC 78.502/BA, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 20.02.2018).

Ou seja, considerando que o roubo do veículo não apenas não era imprescindível para o assalto às agências – tanto é que os agentes já detinham um automóvel em seu poder, tendo o novo delito sido praticado tão somente em razão dos desejos dos envolvidos –, como também se trata de delito tão grave quanto aquela com o qual se pleiteia a absorção, impossível se falar na aplicação do princípio da consunção.

2. Da pena-base.

O primeiro ponto de insurgência acerca da dosimetria repousa na negatificação realizada no tocante à culpabilidade do agente, circunstâncias e conseqüências do crime. Quanto à primeira, o juízo de primeiro grau reputou como demonstrada em “grau elevado”, ao argumento de que o acusado não teria medido esforços para alcançar o resultado do crime, atuando de forma organizada e profissional. Em relação aos demais pontos, asseverou que as circunstâncias eram desfavoráveis, já que o réu e seus

parceiros se aproveitaram da condição do município, local pacato e simples, do interior do Estado, para praticar o delito com maior facilidade. De igual forma, exacerbadas as consequências, posto que a ação criminosa trouxe espanto e temor à comunidade.

E de fato, da análise da fundamentação adotada em primeiro grau, tem-se como idôneo o aumento da pena-base. Com efeito, extrapola a culpabilidade inerente ao tipo aquele agente que, no crime de roubo, atua de maneira organizada e profissional, com um verdadeiro plano de ação, premeditando uma série de ações prévias, sempre no intuito de impedir qualquer óbice ao êxito da empreitada.

Observe-se, aliás, que os agentes vieram de outro Estado da federação unicamente para cometer o delito em análise. Tamanha a organização dos envolvidos, que chegaram inclusive a tomarem rotas diferentes, em dias diversos, para se deslocarem até a capital catarinense, evitando assim o levantamento de qualquer suspeita. Não bastasse isso, se preparam por dias antes do ilícito, no intuito de garantirem que o crime ocorresse tal como planejado. Evidente, portanto, uma culpabilidade exacerbada.

De igual forma, não pode ser considerada como típica a ação daqueles que se aproveitam da condição de pequeno município para realizarem crimes na localidade. É sabido que, em cidades do interior, o policiamento e vigilância não se mostram tão presentes quanto nos grandes centros urbanos, mais acostumados a esse tipo de empreitada criminosa. Tanto isso é verdade que os envolvidos se deslocaram desde outro Estado até Santa Catarina, unicamente visando o cometimento de crimes em municípios menos policiados. Novamente, portanto, presente uma circunstância desfavorável ao revisando.

Por fim, é inconteste o abalo que uma ação como aquela perpetrada pelos envolvidos – com roubo de veículos, uso ostensivo de armas de fogo, rendição de policiais e ataque a uma instituição financeira e a uma agência dos correios – traz a um município com população de aproximadamente 3 mil habitantes¹ Finalmente, importante destacar que não se está aqui se utilizando de instrumento processual unicamente do acusado para lhe agravar a situação, mas tão somente agregando, com maior grau de detalhes, fundamentos à dosimetria.

Nesse sentido, aliás, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é permitido aos tribunais, sem incorrer em *reformatio in pejus*, agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu (STJ, AgRg no REsp nº 1.687.438/PA, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 17.04.2018).

3. Da compensação da reincidência com a confissão espontânea.

Segundo o revisando, a agravante da reincidência não prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, de modo que podem ambas serem compensadas, acarretando assim na manutenção da pena intermediária em seu patamar mínimo.

A pretendida compensação, no entanto, não se mostra possível, já que, como cediço, “o concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja,

¹ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Anit%C3%A1polis>

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, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29.06.2016).

E, *in casu*, tem-se que o revisando é reincidente específico, na medida em que já condenado anteriormente pelo crime de roubo (ação penal n° 000.001.113/2001, processados e julgados perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba, vide fls. 214-219 dos autos anexos). Assim, ainda que reconhecida a confissão espontânea do acusado, sua influência na pena intermediária deverá ser inferior àquela referente à reincidência específica, tal como realizado na sentença atacada, já que esta prepondera sobre aquela, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Nesse sentido, desta Corte: ACr n. 0000549-09.2017.8.24.0054, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, 1ª CCr, j. em 18.01.2018, ACr n. 0004538-89.2016.8.24.0011, rel. Des. Getúlio Corrêa, 2ª CCr, j. em 28.11.2017; Acr n. 0005748-42.2016.8.24.0023, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, 3ª CCr, j. em 05.09.2017; ACr n. 0016590-81.2016.8.24.0023, rel. Des. José Everaldo Silva, 4ª CCr, j. em 03.08.2017; ACr n. 0003331-28.2016.8.24.0020, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, 5ª CCr, j. em 16.11.2017.

Destaca-se, aliás, para fins de reforço argumentativo, que tal posicionamento já fora adotado nesta Corte à época do julgamento do acórdão ora revisando, vide ACr n° 2006.020113-6, rel. Des. Torres Marques, j. em 11.07.2006.

4. Da terceira etapa da dosimetria.

Finalmente, ataca o revisando os aumentos de pena efetuados na terceira etapa da dosimetria, reputando como ilegal a majoração puramente matemática envolvendo as causas especiais de aumento do roubo e a elevação relativa ao crime continuado.

No tocante ao primeiro ponto, tem-se que, voltando a atenção para o caso em tela, percebe-se que o enunciado ora trazido – Súmula 443 do STJ, referente à necessidade fundamentação específica para majoração da reprimenda no crime de roubo, não bastando para tanto a mera indicação do número de causas especiais de aumento – foi sumulado em 28.04.2010, ou seja, muito depois da prolação da sentença ora atacada, o que ocorreu em 30.08.2005, o que impede a revisão criminal nos fins pretendidos (TJSC, RCr n° 4020615-07.2017.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 25.04.2018).

Aliás, note-se que referido posicionamento era aquele vigente na época dos julgamentos, vide ACr n. 2005.021075-4, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 06.12.2005; ACr n. 2005.023724-8, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 08.11.2005; ACr n. 2005.018566-4, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 06.09.2005, dentre outros.

Com efeito, deve-se lembrar que, na forma do art. 5º, XL, da Constituição Federal, é a lei penal que retroagirá para beneficiar o réu, não podendo se falar o mesmo acerca de entendimentos jurisprudenciais (TJSC, RCr n° 4003995-80.2018.8.24.0000, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 25.04.2018), sob pena de se admitir a mudança corriqueira de julgados, situação que traria enorme insegurança jurídica e que,

sem dúvidas, não se trata da intenção do legislador ao dispor acerca da revisão criminal.

Aliás, inúmeros são os precedentes neste Corte (TJSC, RCr nº 4005830-06.2018.8.24.0000, rel. Des. Sérgio Rizelo, 1º GCr, j. em 25.04.2018; RCr nº 4022603-63.2017.8.24.0000, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, 1º GCr, j. em 25.04.2018; RCr nº 4020615-07.2017.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, 2º GCr, j. em 25.04.2018; RCr nº 4001001-16.2017.8.24.0000, rel. Des. Sidney Eloy Dallabrida, 2º GCr, j. em 28.03.2018) e no Superior Tribunal de Justiça acerca do tema (AgRg no HC nº 420.696/SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 15.05.2018; AgRg no AREsp nº 511.248/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. em 10.04.2018; HC nº 433.026/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 03.04.2018).

Já no que se refere ao aumento decorrente da continuidade delitiva, observa-se que foi objeto de recurso específico da defesa (fl. 308 dos autos originários), tendo o acórdão atacado (fl. 345 da ação originária) consignado que mostrava-se suficiente o aumento em 2/3 (dois terços), reformando a sentença que aplicara o aumento no dobro da pena, mormente por se tratarem de 3 (três) delitos e forte no contido no parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

O que se vê, portanto, é que, no tocante ao aumento decorrente do crime continuado, quer o acusado, desacompanhado de qualquer elemento ou provas novas, devolver à apreciação do Judiciário matéria debatida em sede de apelação criminal, razão pela qual tem-se como impossível o conhecimento do pleito de revisão (TJSC: RCr nº 4009022-78.2017.8.24.0000, rel. Des. Moacyr Moraes Lima Filho, j. em 26.07.2017; RCr nº 4024824-19.2017.8.24.0000, rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 13.12.2017; RCr nº 4022637-38.2017.8.24.0000, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. em 13.12.2017; RCr nº 4015846-87.2016.8.24.0000, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 22.02.2017; RCr nº 4022472-88.2017.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 28.02.2018).

Ante o exposto o voto é pelo conhecimento em parte e pelo não acolhimento do pedido de revisão criminal.

Ainda, com base no Ato n. 38/2017, expedido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, e tendo em vista a necessidade de fixação de honorários em decorrência da apresentação das razões recursais, fixa-se o montante de R\$ 625,80 (seiscentos e vinte e cinco reais e oitenta centavos), devidamente corrigidos a partir da presente fixação, em favor do Defensor Dativo (Dr. Joreu Antônio Duarte).

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0133593-36.2013.8.24.0064, de São José

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, §3, II, DO CÓDIGO PENAL). CORRUPÇÃO DE MENORES DE 18 ANOS (ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO.

ALEGADA A EXISTÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A RECONHECER A AUTORIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE NÃO AUTORIZAM A FORMAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. POLICIAIS QUE SE BASEARAM NA PALAVRA DE TERCEIROS NÃO IDENTIFICADOS E QUE NÃO FORAM OUVIDOS NOS AUTOS. TESTEMUNHO INDIRETO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA RECONHECIDA. ADEMAIS, ADOLESCENTE QUE APRESENTOU VERSÕES INCONSISTENTES ACERCA DOS FATOS. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *INDUBIO PRO REO*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- *À míngua de provas robustas da autoria delitiva, impossível a condenação do réu, não bastando, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a mera certeza moral do cometimento do delito. Com efeito, no processo penal, para que se possa concluir pela condenação, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, a responsabilidade por fato definido em lei como crime, o que não ocorreu na hipótese em tela.* (TJSC, Apelação Criminal n. 0900053-71.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 05-04-2018);

- O testemunho indireto, também conhecido como *hearsay rule* ou testemunha “por ouvi dizer”, não autoriza, por si só, a prolação do édito condenatório, visto que não apenas está passível de mutações como, também, impossibilita ao acusado a confrontação direta da narrativa apresentada em seu desfavor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0133593-36.2013.8.24.0064, da comarca de São José 1ª Vara Criminal em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Ronaldo Machado Silva.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

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 Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 29 de novembro de 2018.

Desembargador Hildemar Meneguzzi de Carvalho

Relatora

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Ronaldo Machado Silva, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 157, §3º, segunda parte, do Código Penal, c/c art. 244-B da Lei n. 8.069/90, em razão dos seguintes fatos (fls. 44/45):

Consta do incluso Auto de Prisão em Flagrante que, no dia 09 de novembro de 2013, por volta das 05h30min, na Rua Docilicio Luz, s/n.º - em frente ao posto de saúde, bairro São Luiz, nesta cidade, o denunciado Ronaldo Machado Silva, mediante comunhão de esforços com o adolescente D. F. da L. de J., utilizando-se de violência, e ainda, com o intuito de subtrair coisa móvel alheia – motocicleta YAMAHA XT 225, de cor preta, placa MGI5562 - abordaram a vítima Luiz Barcelos Silva, momento em que desferiram contra o mesmo três golpes de arma branca na região abdominal, levando-o à morte e, assim, obtendo a subtração da referida motocicleta. Acrescenta-se, ainda, que após o fato, diante das informações prestadas por populares, os milicianos passaram a monitorar a região, vindo, logo em seguida, a apreenderem em flagrante o denunciado e seu comparsa, na posse mansa e tranquila do bem subtraído, nas proximidades do ilícito.

Sentença: O Juiz de Direito Otávio José Minatto julgou improcedente a denúncia, nos seguintes termos: *“Desta maneira, não superada a dúvida existente nos autos, a absolvição de Ronaldo Machado Silva da prática do crime de roubo qualificado pelo resultado morte, nos moldes do art. 386, VII, do Código de Processo Penal é medida imperativa”* (fl. 357/364).

Trânsito em julgado: verifica-se que, embora não certificado, a sentença transitou em julgado para a o apelado (fl. 380).

Recurso de apelação do Ministério Público: a acusação sustentou, em síntese, o desacerto da decisão objurgada, sob o argumento de que o conjunto probatório produzido nos autos autoriza o reconhecimento da autoria e materialidade delitivas imputadas aos apelados.

Aduziu que o terceiro depoimento prestado pelo adolescente D. F. da L. de J., que, em tese, teria agido em conjunto com o apelante, no qual afasta a atuação de Ronaldo nos fatos ocorridos, deve ser desconsiderado, porquanto:

[...] a justificativa apresentado pelo depoente para a mudança de versão é absolutamente inverossímil. Alegou que acusou o réu como coautor do crime no seu primeiro depoimento judicial porque a avó supostamente teria ameaçado-o de deixá-lo a própria sorte, caso tivesse praticado o crime sozinho. Note-se que o depoente nunca negou ter executado o crime. Apenas afirmou nesse primeiro depoimento judicial que agiu em conluio com o réu. Ora, se a avó realmente tivesse feito tal ameaça seria absolutamente indiferente se ele tivesse praticado o crime sozinho ou em conluio com um adulto. Quer dizer, se a avó nutria o sentimento de repulsa pelo ato praticado pelo neto, é óbvio que essa repulsa não seria maior ou menor se o neto tivesse agido sozinho ou com o auxílio de um comparsa.

Asseverou ser evidente a intenção do adolescente de livrar o apelado.

Requeru, portanto, o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a condenar o apelado pela conduta narrada na denúncia (fls. 372/378).

Contrarrazões de Ronaldo Machado Silva: A defesa impugnou as razões recursais, ao argumento de que, a acusação limitou-se a arguir a tese já analisada de que a retificação do depoimento do adolescente D. F. da L. de J. não merece credibilidade.

Alegou que o adolescente D. não apresentou uma terceira versão dos fatos, mas sim reiterou a primeira, apresentada em fase investigativa no dia dos fatos.

Referiu que não pode ser desconsiderado o argumento levantado para a alteração da narrativa prestada em Juízo, vez que:

[...] o adolescente estava internado provisoriamente em Lages, muito distante da cidade onde residia. Recebia auxílio e visita, apenas de sua única parente, qual seja sua avó, que também foi a responsável por toda sua criação. Ao perceber que ficaria abandonado à mercê da própria sorte pela única família que possui, estando ainda internado, situação em que ficaria sequer sem um lugar para ir quando fosse libertado ou visita, o desespero falou mais alto, e a necessidade de mentir prevaleceu, pelo menos até que fosse libertado e pudesse por sua vida nos trilhos, pois, não esqueçamos, já estava à 07 (sete) meses internado nesta época, detalhe que certamente influenciara em seu estado psicológico.

Asseverou que, de todo modo, a dúvida sobre a credibilidade do depoimento do adolescente D. não é suficiente a embasar o édito condenatório pretendido pelo órgão ministerial, de modo que deve militar em favor do apelado o princípio do *in dubio pro reo*.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Gercino Gomes Neto opinou pelo conhecimento e o provimento do recurso (fls. 16-21).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do estado de Santa Catarina contra a sentença que absolveu Ronaldo Machado Silva, por reconhecer a ausência de provas robustas de que tenha praticado os crimes descritos nos arts. 157, §3º do Código Penal c/c art. 244-B da Lei n. 8.069/90.

1 – Do juízo de admissibilidade

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual é conhecido.

2 – Do mérito

A acusação pretende a condenação do Apelado, sob o fundamento, em síntese, de que a autoria delitiva imputada ao recorrido ficou amplamente comprovada.

O recurso, adianta-se, não merece provimento.

A materialidade do crime está consubstanciada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 2/3); Termo de Exibição e Apreensão (fl. 10); Laudo Pericial Cadavérico n. 478/13 (fls. 93-96) e Laudo Pericial de Exame em Local de Morte Violenta n. 9100.14.02629 (fls. 281-292)

Com relação à autoria, contudo, o conjunto probatório produzido nos autos não autoriza afirmar, com a necessária segurança que o pleito condenatório criminal exige, que o Apelado praticou o crime de latrocínio que lhe é imputado.

De início, destaca-se que o Apelado, em todas as oportunidades que teve para se manifestar nos autos, apresentou depoimentos firmes e coerentes entre si, negando veementemente a prática criminosa.

Nesse passo, Ronaldo apresentou a seguinte narrativa na fase inquisitorial (fl. 14):

[...] QUE quanto aos fatos narrados no BO N. 0526-2013-5873 o interrogando afirma que não teve nenhuma participação no roubo da motocicleta e no homicídio. Que o interrogando se encontrava na casa de sua avó nesta data quando foi procurado por seu amigo D. que chamou o interrogando para dar umas voltas com uma motocicleta; Que D. não comentou como conseguira a motocicleta e nem que tinha cometido qualquer crime; Que então quando estavam circulando pela rua Docilício Luz, foram abordados por policiais militares; os quais perguntaram o seu nome e deram voz de prisão alegando que estavam com a motocicleta de uma pessoa que tinham acabado de ser assassinada a facadas nas proximidades; Que não conhece a pessoa de Luiz Barcelos Silva; Que o interrogando tem passagem por furto. Nada mais disse.

Narrativa confirmada em juízo, oportunidade em que o Apelado afirmou que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros (3'40" do audiovisual de fl. 182) pois, no horário do crime, estava na casa da sua vó, no Roçado, "trabalhando em um forro", quando D. F. Da L. De J. compareceu ao local em uma moto, buzinando (4'40"). Declarou que "pegou uma carona" com o adolescente até a casa de sua mãe (5'20"). Que não sabia que a moto era roubada (5'40"). Asseverou que só soube que a moto era roubada quando D. F. Da L. De J., "ao apanhar no chão da polícia", confessou o cometimento do crime (6'25").

O adolescente D. F. Da L. De J., por sua vez, reconheceu perante a autoridade policial a prática do crime, oportunidade em que narrou com detalhes a ação delituosa e afirmou que Ronaldo não teve envolvimento (fl. 21):

[...] QUE com relação aos fatos narrados no Boletim de Ocorrência n. 0526-2013-5873, o declarante afirma que foi o autor do latrocínio; Que na ocasião estava na frente da casa da vítima, ocasião em que cobrou de Luiz uma dívida de R\$ 700,00 reais de drogas que ele tinha comprado com o declarante; Que Luiz disse que não iria pagar se o declarante continuasse cobrando; Que entrou em luta corporal com Luiz, ocasião em que viu a faca em cima do fogão e pegou a faca e desferiu três facadas em Luiz na região do abdômen; Que nega que tenha pegado dinheiro na carteira, somente pegou a moto; Que a intenção do declarante era vender a moto e levantar o dinheiro que Luiz o devia; Que Ronaldo não participou do crime cometido pelo declarante; Que após o crime, foi até a casa de Ronaldo e o pegou para darem umas voltas com a motocicleta; Que quando estavam na frente do posto de saúde da cova da oná foram abordados por policiais militares, que deram um empurrão na moto fazendo o declarante e su amigo Ronaldo cair; QUE O DECLARANTE TEM PASSAGEM POR TRÁFICO,

ROUBO E RECEPÇÃO; que após o crime jogou a faca no mato; Que apresentada ao declarante uma faca de cozinha de cabo branco, confirmou que era a arma utilizada para cometer o crime. Nada mais disse.

Na fase judicial, todavia, o adolescente apresentou depoimentos conflitantes entre si. Com efeito, primeiro afirmou que Ronaldo teria participado do crime para, depois, voltar atrás sob o argumento de que tão apenas estaria com medo de que, ao assumir a autoria delitiva, pudesse perder o afeto e apoio de sua avó.

Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho da sentença que resumiu, de forma fidedigna, os depoimentos judiciais de D. F. Da L. De J. (fl. 360/361):

Ao ser inquirido por Carta Precatória, o adolescente alterou em parte a sua versão, incluindo Ronaldo Machado Silva na cena do crime e o responsabilizando pela morte da vítima:

[...] na data dos fatos o depoente acompanhado de Ronaldo teriam mantido contato com a vítima a qual devia determinada importância em dinheiro para o depoente; Que a vítima afirmou que não iria pagar, tendo o depoente empurrado a vítima e pego sua motocicleta; Que presenciou o momento em que o denunciado Ronaldo estaria com uma faca suja de sangue; Que na continuidade o depoente e o denunciado deixaram o local na posse da motocicleta; Que a dívida da vítima em relação ao depoente era relativa a substância entorpecente [...] - fl. 199.

Após requerimento da defesa, o adolescente D. F. da L. de J. alterou novamente o seu depoimento, retornando aquele apresentado na Delegacia de Polícia, de que Ronaldo Machado Silva não teve qualquer participação no crime. Neste momento, discorreu que depois de beber em casa foi para a residência da vítima, que lhe devia R\$ 700,00 referente a uma venda de drogas. Lá fumaram um baseado e resolveu fazer a cobrança dos valores devidos, quando iniciou uma discussão, tendo a vítima agarrado o pescoço da testemunha, colocando-a sobre a parede. Nisso, viu uma faca ao lado do fogão, pegou-a e desferiu os golpes que posteriormente mataram a vítima. Com a queda do ofendido, apenas quis sair do local, pegou a chave da moto, que estava em cima da mesa, montou nela e saiu. No trajeto jogou fora a faca e também sofreu uma queda, lesionando-se. Depois disso foi até a casa de Ronaldo para que ele pilotasse a motocicleta, o que foi aceito pelo acusado e depois a Polícia os abordou, nas proximidades do posto de saúde. O depoente também explicou que alterou a sua versão apresentada anteriormente por medo de ser abandonado por sua avó, a quem chama de mãe e é a única pessoa a lhe prestar auxílio. Resolveu retornar à primeira versão por acreditar ser o certo a fazer e ser injusta a prisão de Ronaldo (arquivo audiovisual - fl. 333).

Os policiais militares ouvidos, por sua vez, não presenciaram os fatos, limitando-se a afirmar que vizinhos da vítima teriam apontado o adolescente D. F. Da L. De J. e o Apelado como autores do crime.

Todavia, em nenhum momento os citados vizinhos (cujos nomes nem foram mencionados) foram ouvidos, seja na fase policial seja na fase judicial, restando apenas seu testemunho indireto.

Acerca do testemunho indireto, também conhecido como depoimento “por ouvi dizer” ou *hearsay rule*, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a sua fragilidade, não sendo ele apto a, por si só, sustentar um édito condenatório:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM BOATOS E TESTEMUNHA DE OUVIR DIZER. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, sem exigência, neste momento processual, de prova incontroversa da autoria do delito - bastam indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular.

3. A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per sensum alterius impede, em alguns sistemas - como o norte-americano -, o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No Brasil, ainda que não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta” (Helio Tornaghi).

4. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (iudicium accusationis) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (iudicium causae). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro;

propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento”.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para reformar o acórdão recorrido de modo a despronunciar os recorrentes nos autos do Processo n. 0702.08.432189-3, em trâmite no Juízo de Direito da Vara de Crimes contra a Pessoa da Comarca de Uberlândia, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia em eventual superveniência de provas.

(REsp 1674198/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

Entendimento adotado por este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 121, § 2º, I E IV) - PRONÚNCIA DE UM DENUNCIADO E IMPRONÚNCIA DE DOIS DELES - INSURGÊNCIAS DEFENSIVA E MINISTERIAL. APELAÇÃO - IMPRONÚNCIA - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - INEXISTÊNCIA - DENÚNCIAS ANÔNIMAS NÃO CORROBORADAS ADEQUADAMENTE EM JUÍZO - TESTEMUNHO “POR OUVIR DIZER” - FRAGILIDADE - CONTEÚDO PASSÍVEL DE MUTAÇÃO - INFORMANTES NÃO IDENTIFICADOS - IMPOSSIBILIDADE DE CONFRONTAMENTO DA TESTEMUNHA COM CONHECIMENTO DIRETO - CASO DE GRANDE REPERCUSSÃO MUDIÁTICA - DÚVIDA QUANTO À ORIGEM DAS INFORMAÇÕES REPASSADAS AOS AGENTES ESTATAIS - DIFICULDADE NA OBTENÇÃO DA PROVA INCAPAZ DE PERMITIR A ADMISSÃO IRRESTRITA DO REFERIDO MEIO DE PROVA. “A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per sensum alterius impede, em alguns sistemas - como o norte-americano - o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, ‘não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.’ (Helio Tornaghi)” (STJ, Min. Rogerio Schiatti Cruz).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ELEMENTO DIFERENCIAL - CARTA DA MÃE DO OFENDIDO, EM CONSONÂNCIA COM O DEPOIMENTO DE POLICIAL - MATERIAL SUBMETIDO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO - PROVA TESTEMUNHAL QUE PODERÁ SER PRODUZIDA EM PLENÁRIO - INDÍCIOS SUFICIENTES - QUALIFICADORAS MANTIDAS - RECURSO QUE DIFICULTA A DEFESA DA VÍTIMA - INDÍCIO DO CONHECIMENTO POR PARTE DO MANDANTE - SUFICIÊNCIA - ANÁLISE APROFUNDADA A SER FEITA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. “Sendo de natureza objetiva e havendo nos autos a possibilidade de conhecimento do modo de execução da infração penal pelo mandante (autor intelectual), seria de rigor sua manutenção para posterior análise pelo Júri Popular” (STJ, Min. Jorge Mussi). APELAÇÃO E RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 0035466-21.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 11-10-2016).

Do corpo do supracitado acórdão, colhe-se o seguinte trecho que bem se adequa a este caso:

Não é, porém, o caso em exame. As denúncias anônimas vieram respaldadas unicamente pela palavra dos policiais. Não que elas não detenham eficácia probatória, muito pelo contrário (STF, HC n. 73.518, Min. Celso de Mello, j. 26.03.1996); entretanto, os agentes públicos limitaram-se a relatar o ouvido em diligências efetuadas na comunidade, **sem, contudo, individualizar os informantes. Trata-se de testemunhas indiretas, “por ouvir dizer”: hearsay witnesses do direito norte-americano.**

O referido meio de prova não é vedado pelo art. 155, caput, do CPP. Contudo, **as declarações devem ser valoradas com parcimônia.** Além de a informação sofrer mutações quando repassada de um interlocutor a outro – o in- desejável “telefone sem fio” –, **retira-se da parte prejudicada pela prova a possibilidade de confrontar a testemunha com conhecimentos diretos sobre os fatos, afinal ela é desconhecida** (BADARÓ, Gustavo. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. In: Revista Fórum de Ciências Criminais, ano 1, n. 1. Fórum. Belo Horizonte, 2014, p. 93-94). **Inegável, portanto, que isso amplia a dificuldade da defesa, no caso, de desconstruir a versão apresentada pela acusação.**

Acerca do peso conferido à essa prova, colho da doutrina:

“Todos entendem que, relativamente à certeza de um fato idêntico, o testemunho por ciência própria tem um valor probatório grandemente superior ao testemunho por ouvir dizer [...] **O testemunho por ouvir dizer não é propriamente uma prova, não é senão uma prova da prova deles, que pode ser valiosíssima, de uma prova sempre fraca, pois produzida sem as vantagens e garantias inerentes à natureza judicial**” (MALATESTA, Nicola F. Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Bo- okseller. 6. ed. Campinas, 2005, p. 380). (grifou-se)

Com efeito, não é possível identificar nenhum motivo plausível para que as supostas testemunhas oculares do fato tenham deixado de prestar, de forma direta, seus depoimentos tanto perante a autoridade policial quanto perante a autoridade judicial. Nesse contexto, verifica-se que não apenas o Juízo de primeiro grau não teve a oportunidade de melhor esclarecer a dinâmica da ação criminosa como, também, impossibilitou-se à defesa do Apelado a confrontação exaustiva da versão apresentadas pelos populares que teriam verificado sua presença no local do crime.

Não se desconhece que a palavra do policial militar, na qualidade de representante estatal, reveste-se de especial importância. Contudo, nenhum dos policiais militares ouvidos nesta ação presenciaram os fatos sendo que sua narrativa, inclusive, pode estar baseada em informações inverossímeis ou incompletas que lhe foram repassadas. Não obstante, fato é que as provas coligidas ao caderno processual não autorizam a formação de um juízo condenatório em desfavor do Apelado.

Sabe-se que, conforme dicção do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, o Juiz absolverá o réu desde que reconheça não existir prova suficiente para condenação. Sendo assim, porquanto não comprovada, de maneira segura, a autoria delitiva imputada ao réu, necessária a sua absolvição.

A propósito, “*à míngua de provas robustas da autoria delitiva, impossível a condenação do réu, não bastando, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a eventual certeza moral do cometimento do delito. Portanto, quando não comprovado cabalmente que o acusado participou dos atos descritos na denúncia, inarredável a prolação de um decreto absolutório.*” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.074044-4, de Rio do Sul, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 25-11-2014).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência recente da Corte de Justiça Catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. (ARTIGO 157, § 3º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. INVIABILIDADE. PROVAS INSUFICIENTES PARA IMPUTAR AO APELADO A AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM MEROS INDÍCIOS. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO” QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0004485-52.2012.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 21-08-2018).

Escorregitas, portanto, as considerações deduzidas pelo Magistrado na sentença ora combatida (fls. 362/363):

Sabe-se da validade dos depoimentos dos agentes estatais mas, no presente caso, há dúvidas quando à participação de Ronaldo no crime.

Isso porque o adolescente envolvido alterou duas vezes a sua versão e, em duas oportunidades, retira Ronaldo da cena do crime, corroborando as declarações apresentadas pelo acusado de que este se encontrava na casa da avó e foi chamado pelo menor para dar uma volta com a motocicleta da vítima.

Ainda, as testemunhas relatadas pelos Militares não prestaram depoimentos nos autos, sendo apenas informações repassadas, dificultando o esclarecimento das dúvidas que surgiram ao longo da instrução.

Como sabido, inexistindo provas que levam a uma certeza da ocorrência do delito, não é possível a edição de um decreto condenatório, devendo o réu ser absolvido, diante do princípio *in dubio pro reo*.

Renato Brasileiro de Lima discorre sobre a presunção de inocência e regra probatória dizendo que:

Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houve dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na dicção de Badaró, cuida-se de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em Juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois ele não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a

presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando, além de uma dúvida razoável, que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (Manual de Processo Penal, vol. II. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 646/647).

Guilherme de Souza Nucci segue a mesma linha de raciocínio:

[...] é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. [&] (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 698).

Desta maneira, não superada a dúvida existente nos autos, a absolvição de Ronaldo Machado Silva da prática do crime de roubo qualificado pelo resultado morte, nos moldes do art. 386, VII, do Código de Processo Penal é medida imperativa.

Nesse contexto, não há provas seguras nos autos que possam embasar com a convicção necessária para decretar uma condenação criminal, tratando-se apenas de razoável indício, que não se traduz em certeza.

E, portanto, visto que reconhecida a ausência de provas acerca da participação do Apelado no crime de latrocínio, de igual modo deve ser reconhecida a impossibilidade de condená-lo pelo crime de corrupção de menores de 18 anos (244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ante o exposto, a sentença absolutória de primeiro grau deve ser mantida incólume.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0002722-25.2018.8.24.0004, de Araranguá

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PRELIMINAR. ALEGADA OMISSÃO DA DECISÃO. NÃO CONHECIMENTO. INSURGÊNCIA QUE DEVERIA SER MANEJADA POR MEIO DE RECURSO PRÓPRIO. MÉRITO. DECISÃO QUE DETERMINA REGRESSÃO CAUTELAR DO REGIME PRISIONAL. PROVIDÊNCIA QUE, EMBORA NÃO ENCONTRE PREVISÃO LEGAL, É ADMITIDA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA, PORÉM, DE NATUREZA EXCEPCIONAL. CASO CONCRETO QUE SE REVESTE DAS CARACTERÍSTICAS EXIGIDAS À DECRETAÇÃO DA MEDIDA. APENADO QUE VINHA RESGATANDO A REPRIMENDA EM REGIME SEMIABERTO E RETORNA DE SAÍDA TEMPORÁRIA VISIVELMENTE ALTERADO, SEM A GUIA DE RECOLHIMENTO E INSULTANDO FUNCIONÁRIOS E SERVIDORES DO ERGÁSTULO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, o esclarecimento de ambiguidades, obscuridades e contradições ou saneamento de omissão existente no julgamento, deve ser efetuado por meio de embargos de declaração.

2. Apesar de a Lei de Execução Penal não possuir previsão legal admitindo a medida acautelatória, a Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que, cometida falta grave pelo reeducando, é perfeitamente possível a regressão cautelar do regime prisional, inclusive sem a oitiva prévia do apenado, a qual é exigida tão somente na regressão definitiva.

A medida, porém, se reveste de caráter excepcional, sendo devida, apenas, nas hipóteses em que a manutenção do apenado no regime frustrar os objetivos da execução penal ou for incompatível com a natureza da falta praticada, como ocorre, no caso em tela, em que o reeducando, beneficiário de saída temporária, retornou ao ergástulo visivelmente alterado, sem a guia de recolhimento e insultando os funcionários e servidores do ergástulo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0002722-25.2018.8.24.0004, da comarca de Araranguá (2ª Vara Criminal) em que é Agravante João Vitor de Oliveira Cândido e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso de negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski e o Exmo. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Francisco Bissoli Filho.
Florianópolis, 02 de agosto de 2018.

Assinado digitalmente

Desembargador Paulo Roberto Sartorato

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por João Vítor de Oliveira Cândido contra a decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araranguá que, nos autos da Execução Penal n. 0002803-07.2017.8.24.0069, diante da notícia da possível prática de falta grave pelo apenado, determinou a regressão cautelar do regime de cumprimento da pena do semiaberto para o fechado (fls. 110/111 dos autos da execução penal).

Sustenta o agravante, preliminarmente, que a decisão ora impugnada foi omissa quanto aos pedidos formulados às fls. 104/108 dos autos da execução penal, concernentes na apresentação das gravações do sistema de monitoramento do ergástulo do dia do ocorrido, bem como no desentranhamento da peça de fls. 96/98 dos autos da execução penal, razão pela qual busca análise dos aludidos pleitos, bem como os seus respectivos deferimentos.

No mérito, aduz o apenado, em suma, que, conquanto exista a possibilidade de regressão cautelar, sua aplicação requer prévia análise da necessidade, adequação e proporcionalidade frente às circunstâncias do caso e às condições pessoais do reeducando.

Argumenta, nesse sentido, que não existem provas suficientes de que o apenado concorreu para a falta grave, sobretudo porque ainda não foi ouvido em juízo.

Dessa forma, portanto, requer a reforma da decisão agravada, com o retorno do apenado ao regime semiaberto e à fruição dos benefícios compatíveis (fls. 01/08).

O Ministério Público, em contrarrazões, manifestou-se pelo conhecimento parcial do recurso, apenas no que concerne à discussão sobre a regressão cautelar, e, no ponto conhecido, o seu total desprovimento (fls. 14/18).

Mantida a decisão recorrida (fl. 10), os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Odil José Cota, opinado pelo parcial conhecimento e, na parte conhecida, pelo não provimento do recurso (fls. 25/31).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução penal interposto pelo apenado João Vítor de Oliveira Cândido, inconformado com a decisão que determinou a regressão cautelar do regime prisional semiaberto para o fechado.

Colhe-se dos autos que o apenado/agravante fora condenado à pena de 09 (nove) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II c/c art. 70, *caput*, ambos do Código Penal (fls. 02/03 dos autos da execução penal).

Durante o resgate da reprimenda, teve o apenado a concessão da progressão para o regime semiaberto, bem como deferido o pedido de saídas temporárias (fls. 60/61 dos autos da execução penal).

Às fls. 70/72 dos autos da Execução Penal, porém, aportou ofício remetido pela autoridade prisional, noticiando que o reeducando retornou de uma das saídas temporárias sem a via de recolhimento e com comportamento visivelmente alterado, insultando os funcionários e servidores da unidade prisional.

Diante das informações apresentadas, o Ministério Público pugnou fosse aguardado a conclusão do incidente disciplinar para posterior análise de eventual cometimento de falta grave (fl. 79 dos autos da execução penal).

Remetido o Procedimento Administrativo Disciplinar ao Juízo *a quo* (fls. 82/98 dos autos da execução penal), o Ministério Público requereu a regressão cautelar do regime imposto ao reeducando, bem como oitiva do apenado em audiência de justificação (fls. 101/102 dos autos da execução penal).

Posteriormente ao encerramento da tramitação do Procedimento Administrativo Disciplinar, o apenado por intermédio de defensor constituído (fl. 109 dos autos de execução penal), apresentou defesa “em incidente disciplinar”, pugnando pelo desentranhamento da peça de fls. 96/98 dos autos da execução penal, uma vez que subscrita por advogado que não detinha poderes outorgados pelo apenado. Outrossim, requereu que não fosse aplicada a regressão cautelar do apenado, além da designação da audiência de justificação e a anexação das filmagens do sistema de monitoramento referente ao dia que ocorreu a suposta falta grave (fls. 104/108 dos autos da execução penal).

Diante da aparente falta grave, a Magistrada *a quo*, determinou a regressão cautelar do regime de cumprimento de pena imposto ao apenado do semiaberto para o fechado, suspendendo os direitos inerentes ao regime semiaberto até a decisão final do incidente de regressão, além de ter designado audiência de justificação para a oitiva do apenado (fls. 110/111 dos autos da execução penal), *decisum* que motivou a interposição do presente recurso.

Preliminarmente, no que tange à alegação de que a decisão ora impugnada foi omissa quanto aos pedidos formulados às fls. 104/108 dos autos da execução penal, salienta-se que “[...] *tais pedidos deveriam ter sido manejados pelo meio adequado, como os embargos de declaração, tendo por finalidade sanar eventual omissão, esclarecer ambiguidade, dirimir contradição e/ou resolver obscuridade, nos moldes do art. 619 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não mereceria ser conhecido, neste ponto.*

De qualquer maneira, à p. 147, dos autos da execução, percebe-se que no dia 20.06.2018, o reeducando foi ouvido perante o Juízo, que, por sua vez, solicitou, além da remessa do prontuário médico do apenado, a apresentação das eventuais mídias (filmagens) em relação a data do cometimento da suposta falta grave, não devendo, também por este aspecto, o recurso ser conhecido, haja vista decisão superveniente” (trecho extraído do parecer da Procuradoria de Justiça - fls. 28/29).

Desse modo, a preliminar arguida não há de ser conhecida.

Quanto ao mérito, constata-se o acerto da decisão agravada, porquanto é possível a regressão cautelar de regime em decorrência de suposta prática de falta grave - prevista no art. 50, incisos I e VI, da Lei n. 7.210/84 - pelo apenado.

É que, apesar de a Lei de Execução Penal não possuir previsão legal admitindo a medida acautelatória, a Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que, cometida falta grave pelo reeducando, é perfeitamente possível a regressão cautelar do regime prisional, inclusive sem a oitiva prévia do apenado, a qual é exigida tão somente na regressão definitiva.

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR AO REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser possível a regressão cautelar, inclusive ao regime prisional mais gravoso, diante da prática de infração disciplinar no curso do resgate da reprimenda, sendo desnecessária até mesmo a realização de audiência de justificação para oitiva do apenado, exigência que se torna imprescindível somente para a regressão definitiva. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC n. 81.352/MA, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 18/04/2017).

PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. POSSIBILIDADE. OITIVA PRÉVIA. PRESCINDIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. DIREITO DO PACIENTE DE CUMPRIR PENA EM LOCAL PRÓXIMO AO SEU MEIO SOCIAL E FAMILIAR. TRANSFERÊNCIA INDEFERIDA ANTE A INEXISTÊNCIA DE VAGAS NO LUGAR DE DESTINO. CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]. II - Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que, praticada falta grave pelo condenado, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional, com fundamento na comunicação dessa infração ao juízo, sem a oitiva prévia do apenado, que somente é exigida na regressão definitiva. (precedentes). [...]. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 380.007/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 14/03/2017).

Acerca do tema, também já decidiu este Tribunal:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO CAUTELAR DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. PRÉVIA OITIVA DO APENADO. PRESCINDIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REGRAMENTO DO ART. 118, § 2º, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL APLICÁVEL SOMENTE À REGRESSÃO DEFINITIVA. PRECEDENTES. *DECISUM* MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser possível a regressão cautelar, inclusive ao regime prisional mais gravoso, diante da prática de infração disciplinar no curso do resgate da reprimenda, sendo desnecessária até mesmo a realização de audiência de justificação para oitiva do apenado, exigência que se torna imprescindível somente para a regressão definitiva. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido” (STJ, RHC 81.352/MA, Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 18/04/2017). (Agravo de Execução Penal n. 0000425-31.2017.8.24.0020, de Criciúma, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. em 28/09/2017).

A medida, porém, se reveste de caráter excepcional, sendo devida, apenas, nas hipóteses em que a manutenção do apenado no regime frustrar os objetivos da execução penal ou for incompatível com a natureza da falta praticada, como ocorre, no caso em tela, em que o reeducando, beneficiário de saída temporária, retornou ao ergástulo visivelmente alterado, sem a guia de recolhimento e ofendendo os funcionários responsáveis pelo procedimento de revista.

Assim, ao contrário do que entendeu a defesa, observa-se a excepcionalidade exigida à decretação de mencionada providência, porquanto ofensas aos funcionários públicos, bem como a alteração psicológica (conversas desconexas), provavelmente provocada pelo uso de drogas, durante o cumprimento de pena em regime semiaberto não se compatibiliza com os fins da Lei de Execução Penal, mostrando-se circunstância indicativa de que o apenado, em tese, não estaria preparado para a vida extramuros.

Portanto, sendo a regressão de regime medida necessária para a adequada repressão daquele que opta por desrespeitar a ordem jurídica e a execução da pena, e, em havendo a possibilidade de aplicação da medida cautelarmente, acertada a decisão impugnada.

Ante o exposto, verificada a correção da decisão agravada diante da existência de circunstância a recomendar a regressão cautelar de regime, vota-se pelo parcial conhecimento e, nesta extensão, pelo desprovimento do recurso.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0142173-17.2014.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E DO DOCUMENTO ORIGINAL. CRIME DE ESTELIONATO EM QUE A PERÍCIA É PRESCINDÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE MANTEVE A VÍTIMA EM ERRO AO AFIRMAR QUE COMPRARIA SEU CARRO. REALIZAÇÃO DEPÓSITOS EM CONTA BANCÁRIA SEM FUNDOS. VÍTIMA QUE INDUZIDA EM ERRO ENTREGOU SEU VEÍCULO. PALAVRA DA VÍTIMA COESA E HARMÔNICA COM SIGNIFICATIVA RELEVÂNCIA EM CASOS EM CRIMES COMETIDOS NA CLANDESTINIDADE. NEGATIVA DO RÉU ISOLADA NOS AUTOS. DELITO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0142173-17.2014.8.24.0033, da comarca de Itajaí 2ª Vara Criminal em que é/são Apelante(s) Maicon Rafael Soares e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 02 de agosto de 2018.

Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Itajaí/SC, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Maicon Rafael Soares, dando-o como incurso nas sanções do art. 171, caput, do Código Penal, nos seguintes termos, em razão dos seguintes fatos (fls. 01/03):

[...]No dia 7 de maio de 2014, o denunciado Maicon Rafael Soares, com a intenção de obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, negociou a compra do veículo VW/Saveiro, placa MEF-9592, de propriedade da vítima Murilo da Costa Venâncio, pelo valor de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais).

Visando induzir o ofendido a erro, o denunciado valeu-se de artifício consistente na efetuação de supostos depósitos bancários em envelopes por meio de caixa eletrônico na conta daquele, cuja soma deveria perfazer justamente a quantia acordada (fl. 6).

Ocorre que, na realidade, não havia qualquer valor no interior dos envelopes, tendo o denunciado se valido de tal artifício apenas para ludibriar o ofendido.

Assim, a vítima entregou o veículo ao denunciado, efetuando as medidas necessárias à tradição do bem, descobrindo apenas no dia seguinte (08.05.2014) o golpe perpetrado por Maicon Soares, uma vez que o dinheiro da transação não constava em sua conta bancária.

Posteriormente, no dia 22 de junho de 2014, o ofendido logrou êxito em localizar seu automóvel estacionado na Rodovia Osvaldo Reis, Bairro Fazenda, nesta cidade, todavia, o bem estava sem o aparelho de som e com as rodas trocadas [...].

Concluída a instrução, a Magistrada *a quo* julgou procedente a exordial acusatória (fls. 183/188), e, em consequência, condenou Maicon Rafael Soares, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial aberto.

Irresignada, a Defensora Pública do Estado de Santa Catarina interpôs Recurso de Apelação (fls. 194/199), em cujas razões requereu a reforma da sentença condenatória, aduzindo ausência de prova da materialidade do ilícito, assim como, pugna pela absolvição do apelante, arguindo que o juízo *a quo*, fundamentou o édito condenatório, exclusivamente, nas provas indiciárias, inexistindo o contraditório nos autos, logo, os elementos probantes mostram-se frágeis para ensejar a condenação.

Em sede de contrarrazões (fls. 211/213), o representante da 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itajaí/SC, pleiteia o conhecimento e não provimento do recurso, uma vez que a perícia no crime de estelionato é prescindível, sobretudo quando comprovado através de outros meios a materialidade do crime, assim como rebate a tese defensiva, arguindo que todos os documentos nos autos foram submetidos ao contraditório, destarte, frisa que as provas colacionadas ao processo denotam-se robustas, inexistindo reparo a ser feito na sentença proferida.

Por fim, a 25ª Procuradoria de Justiça Criminal de Santa Catarina, em parecer de lavra do Exm. Sr. Dr. Márcilio de Novaes (fls. 219/221), manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do Apelo, nos mesmos moldes da Promotoria de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido por próprio e tempestivo.

A defesa busca a absolvição do acusado, por insuficiência de provas tanto em relação à materialidade quanto autoria do delito.

Pertinente a primeira, argumenta inexistência de documento original e perícia e, referente a segunda arguiu impossibilidade de condenação fulcrada em prova exclusivamente indiciária.

Contudo, razão não lhe assiste.

Quanto a materialidade, resta incontestável nos autos, notadamente por meio dos Boletins de Ocorrência (fls. 5/6), extrato bancário (fl. 07/09), autorização para transferência de propriedade de veículo (fl. 10).

Com efeito, diferentemente do alegado pela defesa, a ausência dos documentos originais assim como da perícia técnica não impedem a demonstração de caracterização da materialidade delitiva.

Pois bem, ao tratarmos desse laudo elaborado por intermédio de expert, é tido por prescindível quando existem outros elementos a comprovar o modus fraudulento perpetrado pelo Apelante.

Com efeito, corroborando os extratos bancários amealhados aos autos, foi providenciado o documento de autorização da transferência do veículo, e também pela palavra da vítima, uníssona e coerente nas duas oportunidade em que foi ouvida.

Ainda, os documentos trazidos pela vítima não necessitam de maior esclarecimento técnico pois, naturalmente perceptível a legitimidade destes, na mesma proporção do engodo perpetrado pelo recorrente em desfavor do ofendido.

Nesta senda, utilizando-se de ardil, o recorrente induziu o ofendido a erro e obteve vantagem ilícita, condizente com o tipo penal capitulado no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Corroborando, destaco julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ESTELIONATO FUNDAMENTAL. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. BUSCA DO AUTOR DO ARDIL E NÃO DO FALSO. CHEQUE EM CÓPIA. IMPUGNAÇÃO SEM O NECESSÁRIO QUESTIONAMENTO DA LEGITIMIDADE DO DOCUMENTO EXIBIDO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. PRECEDENTE DA CORTE. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE DOS AUTOS. ACUSADO QUE SE LIMITA A NEGAR A PRÁTICA DELITIVA. VERSÃO QUE APARECE ISOLADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.003070-1, de Rio do Campo, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 21-08-2012).

Pelo exposto, afastado a tese de ausência de materialidade do delito, uma porque não está adstrita em apenas um documento, outra porquanto o delito de estelionato prescinde de laudo pericial para atestar autenticidade dos documentos, especialmente quando incontestado a prova do ardil perpetrado.

Referente a prova de autoria, destaco o depoimento prestado pela vítima Murilo da Costa Venâncio, sob o crivo do contraditório, relatando o interesse em vender seu veículo, porquanto, colocou um anúncio no mesmo e, na data dos fatos, se encontrava em um estabelecimento comercial, quando foi abordado pelo réu, que lhe propôs adquirir o carro por R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) com pagamento à vista. No dia subsequente, dirigiu-se à oficina mecânica indicada pelo denunciado e, após a vistoria de praxe, formalizaram o negócio pelo valor alhures mencionado. Na sequência, o réu foi até uma agência bancária e realizou vários depósitos no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais), no caixa eletrônico, entretanto, não chegou a acompanhar a transação bancária, ficando apenas com os comprovantes. Após, na companhia do réu seguiram até o cartório para finalizar a transferência do veículo e, tendo feito isso, foi verificar sua conta bancária, neste momento percebeu que o valor não tinha sido creditado. Após esse acontecimento, salientou que, por diversas vezes efetuou

chamadas telefônicas para o número de telefone fornecido pelo réu, contudo, não conseguiu contato. Considerando esta situação fática, formalizou registro de Boletim de Ocorrência para apuração do caso. Questionado, respondeu não se lembrar o local onde estão os recibos originais, tendo somente as cópias, que foram entregues na delegacia (recurso audiovisual – fl. 160).

Reitero que essas declarações foram prestadas de forma coesa e harmônica em ambos os momentos processuais, destacando o modo como foi induzida em erro pelo Apelante, só recuperando seu veículo após uma longa investigação policial, ainda assim, totalmente avariado.

O Apelante ao ser inquirido em juízo se limitou a negar o fato e dizer que desconhecia a vítima.

Essa alegação, no entanto, encontra-se completamente isolada nos autos havendo registro de que responde por outros processos de mesma natureza e capitulação legal, assim como, ostenta uma extensa lista de boletins de ocorrência, referente a delitos contra o patrimônio (fls. 21/37), demonstrando intimidade com ilícitos desse gênero.

Deste modo, os elementos probantes são claros a apontar o Apelante como autor do ilícito, não sendo verdadeira a afirmação contida no recurso de que a prova sustentadora da sentença penal condenatória é apenas aquela vinda da fase indiciária pois, ao contrário, a decisão está muito bem fundamentada em todo o conjunto probante coligido durante toda a persecussão penal.

Com efeito, não é demais ressaltar a relevância do depoimento da vítima em crimes cometidos na clandestinidade, por vezes sem qualquer possível testemunha do fato, como no caso em tela.

Corroborando, colaciono julgado desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE PROVAS INSUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE MANTEVE AS VÍTIMAS EM ERRO AO AFIRMAR QUE IRIA DEPOSITAR DINHEIRO, REFERENTE A COMPRA DE UM CARRO, EM CONTA BANCÁRIA. VÍTIMAS QUE CONFIARAM NA SUA PALAVRA E ENTREGARAM O VEÍCULO. DEPÓSITO NÃO EFETUADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA COM AS PALAVRAS DAS VÍTIMAS. CRIMES COMETIDOS NA CLANDESTINIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA QUE POSSUI RELEVANTE IMPORTÂNCIA. NEGATIVA DO RÉU APRESENTADA NA FASE DO CONTRADITÓRIO QUE NÃO ENCONTRA GUARIDA EM NENHUMA PROVA CONSTANTE NOS AUTOS. DOLO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.094039-8, de Rio Negrinho, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 26-02-2015).

Com efeito, reconhecido o esforço defensivo no intuito de impedir o cumprimento da medida penalizatória, entretanto, suas teses de defesa são temerárias e não merecem acolhimento diante deste já bem sedimentado entendimento.

Da execução provisória da pena

Por fim, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e por esta Câmara, destacando-se o Voto do Desembargador Carlos Alberto Civinski, na Apelação Criminal n. 0000039-15.2016.8.24.0059, de São Carlos, julgado em 27-07-2017, especialmente

pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, transmudam-se os fundamentos da prisão imposta na sentença ao apelante, que passa de segregação cautelar para a de cumprimento de acórdão penal condenatório, iniciando-se imediatamente a execução provisória da pena.

Dispositivo

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, determina-se ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0002922-71.2017.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÕES CRIMINAIS. ESTELIONATOS (CP, ART. 171, *CAPUT*), TENTATIVA DE ESTELIONATO (CP, ART. 171, *CAPUT*, C/C O 14, II), ESTELIONATOS CONTRA IDOSO (CP, ART. 171, § 4º), TENTATIVA DE ESTELIONATO CONTRA IDOSO (CP, ART. 171, § 4º, C/C O 14, II), FALSA IDENTIDADE (CP, ART. 307) E CHARLATANISMO (CP, ART. 283). PROCEDÊNCIA PARCIAL DA IMPUTAÇÃO INICIAL. RECURSOS DOS ACUSADOS.

1. PROVA. ESTELIONATO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. INTERROGATÓRIO. 2. ESTELIONATO. CHARLATANISMO. CONSUNÇÃO. 3. FALSA IDENTIDADE. ADEQUAÇÃO TÍPICA. USO DE PSEUDÔNIMO. 4. ESTELIONATO CONTRA IDOSO. PROVA DA IDADE DA VÍTIMA. DOCUMENTO DE IDENTIDADE. 5. CRIME CONTINUADO (CP, ART. 71). HABITUALIDADE DELITIVA. NÚMERO DE DELITOS. 6. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE (CP, ART. 44). 6.1. RÉU PRIMÁRIO. PENA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. CRIMES SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. 6.2. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS.

1. As declarações da vítima, no sentido de que um dos acusados cobrou-lhe certa quantia em dinheiro para “acabar com suas dores” fazendo “trabalho de mãos”, e o outro, que estava no mesmo local, indagou-a se havia efetuado o pagamento como solicitado por seu comparsa, aliadas à palavra de um dos denunciados, que admitiu que estavam, os dois, “atuando em conjunto”, oferecendo “trabalhos espirituais”, é prova suficiente da autoria de ambos os agentes da prática do crime de estelionato.

2. Se o charlatanismo consiste na promessa de cura de doenças ou mazelas ostentadas pelas vítimas mediante o pagamento em pecúnia, ele funciona como o ardil efetuado para induzir os ofendidos a erro para que o agente obtenha vantagem ilícita, devendo, portanto, ser absorvido pelo crime-fim de estelionato.

3. Não comete o delito de falsa identidade o agente que adota e apresenta-se utilizando pseudônimo se ele é conhecido por tal alcunha, pois não há falsidade na atribuição de identidade.

4. O documento de identidade de vítima com mais de 60 anos, com informação de sua data de nascimento, é prova suficiente para a incidência da causa de aumento de pena do estelionato contra pessoa idosa.

5. Não é aplicável a continuidade delitiva às hipóteses em que se constata que o agente faz do crime seu meio de vida. E o fato de ele ter, em um período de cerca de 45 dias, anunciado em rádio local seus “serviços espirituais” e praticado estelionato contra mais de 15 vítimas, prometendo, conforme o caso, a cura de doenças por meio secreto ou a obtenção de algum benefício também por conta de sua “sensibilidade sobrenatural”, é evidência de tal habitualidade criminosa.

6.1. É cabível a substituição da pena privativa de liberdade se o agente é primário, a pena aplicada não excede 4 anos, o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa e nenhuma das circunstâncias judiciais foram reputadas desfavoráveis ao acusado.

6.2. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando aplicada pena superior a 4 anos de reclusão.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS; ABSOLVIÇÃO DE UM RÉU COM RELAÇÃO A DOIS DELITOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002922-71.2017.8.24.0067, da Comarca de São Miguel do Oeste (Vara Criminal), em que são Apelantes Vital Moretto e outro e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos; dar-lhes parcial provimento, a fim de: a) reconhecer a consunção dos delitos de charlatanismo pelos de estelionato e absolver Rui Corrêa Barbosa e Vital Moretto das acusações referentes ao crime positivado no art. 283 do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal; e b) substituir a pena privativa de liberdade imposta a Vital Moretto por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade; absolver, de ofício, Rui Corrêa Barbosa no que diz respeito aos delitos de falsa identidade, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, de modo que a reprimenda imposta a Vital Moretto é reduzida para 3 anos e 4 meses de reclusão e 30 dias-multa, e a de Rui Corrêa Barbosa, para 21 anos e 6 meses de reclusão e 215 dias-multa; 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 13 de novembro de 2018, os Excelentíssimos Desembargadores Norival Acácio Engel (Presidente) e Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Odil José Cota.

Florianópolis, 14 de novembro de 2018.

Sérgio Rizelo

RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de São Miguel do Oeste, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Vital Moretto, Fabiane da Silva Lima e Rui Corrêa Barbosa, imputando ao primeiro a prática dos crimes previstos nos arts. 171, *caput* (por quatro vezes, uma delas tentada: fatos 6, 8, 15 e 16) e § 4º (por seis vezes: fatos 9, 10, 13, 14, 17 e 23), e 283 (por sete vezes: fatos 8, 9, 10, 13, 14, 15 e 23); acusando a segunda de cometer os delitos pormenorizados nos arts. 283 (por três vezes: fatos 8, 11 e 22) e 171, *caput* e § 4º (uma vez cada um: fatos 8 e 22); e atribuindo ao terceiro a prática das infrações tipificadas nos arts. 171, *caput* (nove dez, uma delas tentada: fatos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 15, 20, 21 e 16) e § 4º (por sete vezes, duas delas tentadas: fatos 9, 12, 17, 22, 23, 1 e 2), 283 (por onze vezes: fatos 1, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 20, 22 e 23) e 307 (por “diversas vezes”: fatos 18 e 19, fl. 204), todos do Código Penal, nos seguintes termos:

Fato 1 – Vítima Volmar Bolico. Charlatanismo e estelionato tentado.

No ano de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa mediante a utilização de ardil, anunciou para a vítima idosa Volmar Bólico, nascido em 8.11.1955, cura por meio secreto para sinusite, e induzindo a vítima em erro, pois que cobrou no valor de R\$ 300,00 (trezentos e cinquenta reais) para a cura do problema respiratório, almejando obtenção de vantagem ilícita.

O ofendido ouviu uma reportagem na Rádio Raio de Luz anunciando que um homem que se dizia espírita e fazia cirurgia espiritual estaria atendendo no hotel da rodoviária, e que os atendimentos seriam gratuitos, motivo pelo qual se dirigiu ao Hotel San Diego para buscar uma cirurgia espiritual para tratar de sua sinusite crônica.

No local, o denunciado alegou que tinha um “mal feito sobre” a vítima, razão pelo qual solicitou a entrega do valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) para a retirada do “mal feito”, nos termos do depoimento do ofendido de fl. 126.

A ação somente não foi consumada por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, uma vez que a vítima apenas não efetuou o pagamento pois tinha conhecimento de que os centros espíritas não cobravam pelos atendimentos.

Fato 2 – Vítima Maria Vogt. Estelionato tentado.

No ano de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa iniciou a conduta de obter, para si, vantagem ilícita em prejuízo alheio, tentando induzir a vítima idosa Maria Vogt, nascida em 12.8.1949 (fl. 127), em erro mediante ardil.

A ofendida ouviu na Rádio Raio de Luz sobre um homem que curava muitas coisas e os atendimentos eram gratuitos, motivo pelo qual se dirigiu ao Hotel San Diego pois desejava encontrar um namorado. No local, o denunciado leu as cartas e alegou que arrumaria um namorado para a vítima, motivo pelo qual solicitou a entrega do valor de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais).

A ação somente não foi consumada por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, uma vez que a vítima não efetuou o pagamento pois achou muito caro o valor cobrado.

Fato 3 – Vítima Alfredo Fassbinder. Estelionato consumado.

Em meados do mês de julho de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa obteve para si vantagem ilícita no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em prejuízo alheio, ao induzir a vítima Alfredo Fassbinder (fl. 121) em erro mediante ardil, ao afirmar que a ex-mulher de seu irmão retornaria a conviver com o irmão e traria a filha deles ao convívio da família.

A vítima estava com problemas familiares, pois o irmão da vítima e a esposa haviam se separado, sendo que ela havia levado consigo a filha do casal e, ao ouvir a reportagem na Rádio Raio de Luz informando sobre um homem que se dizia espírita e atendia no hotel da rodoviária, local onde a vítima estava residindo.

No local, o denunciado Rui Corrêa Barbosa leu as cartas e afirmou à vítima Alfredo Fassbinder que sua ex-cunhada havia sido amaldiçoada, razão pela qual se separou do marido, dizendo que para trazê-la de volta precisaria tirar o mal dela, e nessa oportunidade a vítima entregou o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) que havia sido solicitado pelo denunciado.

Após alguns dias, possivelmente no dia 27 de julho de 2017, a vítima retornou para nova consulta espiritual com Rui Correa Barbosa, ocasião em que teve que fazer novo pagamento no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) (extrato bancário de fl. 123), tendo o denunciado prometido que a cunhada retornaria a conviver com o irmão em dez dias.

Fato 4 – Vítima Renato Luiz Ruedell. Estelionato consumado.

No mês de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa obteve para si vantagem ilícita no valor de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), em prejuízo alheio, ao induzir a vítima Renato Luiz Ruedell em erro mediante ardil, ao afirmar que retiraria a maldição que existia em sua propriedade.

A vítima estava com problemas com a morte de animais em sua propriedade e, ao ouvir uma reportagem na Rádio Raio de Luz de que um espiritualista se identificava como sendo do Centro Espírita da Felicidade e fazia atendimento, se dirigiu ao hotel da rodoviária buscando auxílio.

No local, o denunciado Rui Correa Barbosa leu as cartas e afirmou à vítima Renato Luiz Ruedell que a propriedade estaria amaldiçoada e para retirar os males solicitou a contrapartida imediata de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais).

Após a realização do pagamento, o denunciado entregou uma correntinha e afirmou que o objeto afastaria os males.

Na mesma oportunidade, o denunciado informou à vítima que sua propriedade possuía uma mina de ouro e que para ajudar a encontrá-la seria necessário o pagamento do valor de R\$ 5.000,00, e também solicitou que o filho da vítima estivesse presente (depoimento da vítima à fl. 106 e documentos às fls. 108-110).

Fato 5 – Vítima Renato Luiz Ruedell. Estelionato consumado.

No dia 1º de setembro de 2017, durante o período matutino, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa obteve para si vantagem ilícita, no valor de R\$ 5.000,00, em prejuízo alheio, ao induzir a vítima Renato Luiz Ruedell em erro mediante ardil, ao afirmar-lhe que abriria o caminho para a mina de ouro que havia na sua propriedade.

Para tanto, utilizando-se do mesmo *modus operandi* acima descrito, o denunciado novamente afirmou que havia uma mina de ouro na propriedade da vítima, ocasião em que passou a convencer a vítima de que precisavam de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para indicar o caminho da mina de ouro.

Diante disso, ao meio dia, o ofendido retornou ao hotel, na companhia de seu filho Leandro, ocasião em que efetuaram o pagamento do valor acordado, por meio de cheques de titularidade de Leandro Fernando Ruedell, Nilson Kinzel e Evaristo Antônio Muller (depoimentos das fls. 111 e 120 e documentos das fls. 108-110), para que fosse indicado o caminho da mina de ouro.

Fato 6 – Vítima Vilmar Vicente Reinher. Charlatanismo e estelionato consumados.

No mês de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Rui Corrêa Barbosa e Vital Moretto mediante a utilização de ardil, anunciaram para a vítima Vilmar Vicente Reinher cura por meio secreto de seus problemas de saúde (alergias e pedras nos rins), e induzindo a vítima em erro, pois que cobraram o valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) para a cura das referidas doenças, obtendo para si vantagem ilícita em prejuízo do ofendido.

Na ocasião, o primeiro atendimento foi realizado pelo denunciado Rui Correa Barbosa, e em seguida o ofendido foi encaminhado ao denunciado Vital Moretto.

O denunciado Vital afirmou que para curar a vítima seria necessário fazer um trabalho em seu centro espiritual, localizado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, razão pela qual solicitou que o ofendido escrevesse seu nome e de seu filho em uma caderneta e que entregasse o valor supramencionado (extrato bancário de fl. 115 e depoimento da vítima à fl. 112).

Fato 7 – Vítima Maria Comin. Charlatanismo e estelionato consumados.

No mês de agosto do ano de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro,

Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmava que curaria o problema de coluna da ofendida Maria Comin, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois que o denunciado cobrou o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) para a realização da cirurgia espiritual, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

Na primeira oportunidade, o denunciado afirmou que para a cura seria necessário realizar cirurgia espiritual na coluna da vítima, e após realizar a leitura das cartas disse que havia um mal muito grande, razão pela qual precisavam retirar esse mal. Para a realização de ambos os procedimentos o denunciado cobrou o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Dias após, mais precisamente no dia 31 de agosto de 2017, a ofendida retornou à consulta, ocasião em que realizou o pagamento de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para se submeter à cirurgia espiritual, sendo que ela deveria retornar, no prazo de quinze dias, para que fosse realizado o pagamento do restante acordado (depoimento da ofendida à fl. 128).

Fato 8 – Vítima Arcildo Antônio de Lima. Charlatanismo e estelionato consumado.

No ano de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Fabiane da Silva Lima, Rui Corrêa Barbosa e Vital Moretto, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmavam que curariam enfisema pulmonar do ofendido Arcildo Antônio de Lima, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois os denunciados cobraram o valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para a retirada da “macumba”, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo do ofendido.

Na primeira oportunidade, o ofendido Arcildo foi atendido por Fabiane da Silva Lima e Rui Correa Barbosa, ocasião em que foi-lhe solicitada a entrega do valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), tendo em vista que após ler as cartas mencionaram que os problemas de pulmão do ofendido eram provenientes de uma macumba que haviam feito em seu desfavor.

Dias após, o ofendido pegou emprestado o valor de R\$ 200,00 para realizar o pagamento aos denunciados, entretanto, após entregar a quantia, Rui Corrêa Barbosa informou que apenas faria o procedimento de cura após a entrega do valor integral, porém ficou com a quantia que lhe havia sido entregue.

Por fim, no dia 1º de setembro de 2017, o ofendido deslocou-se ao Hotel San Diego, com a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), ocasião em que foi atendido pelo denunciado Vital Moretto. Assim que chegou no local o denunciado ficou com o valor e afirmou que o ofendido seria curado, entretanto, não realizou procedimento algum (depoimento da vítima à fl. 119).

Fato 9 – Vítima Maria Gisela Herbert Reinher. Charlatanismo e estelionato consumados.

No dia 31 de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Rui Corrêa Barbosa e Vital Moretto, mediante a utilização de ardil, anunciaram para a vítima idosa Maria Gisela Herbert Reinher, nascida em 25.10.1944, a cura por meio secreto para seus problemas de coluna e de nervo atrofiado em um dos pés, e induzindo vítima em erro, pois os denunciados cobraram o valor de R\$ 900,00 (novecentos reais) para cura, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

Na ocasião, o primeiro atendimento foi realizado pelo denunciado Rui Corrêa, sendo que em seguida a ofendida foi encaminhada para atendimento com o denunciado Vital Moretto.

Na ocasião, o denunciado Vital afirmou à vítima que ela havia “pisado em um mal muito sério” e que se o mal não fosse tirado ela poderia vir a óbito, razão pela qual solicitou o valor de R\$ 900,00 para retirada, entretanto a ofendida Maria Gisela informou que não teria o valor.

Assim, o denunciado Vital a questionou sobre o quanto poderia pagar pelo procedimento e aceitou o pagamento de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Após o pagamento do valor acordado, o denunciado solicitou que a vítima fechasse os olhos permanecesse com as mãos para cima, ocasião em que passou a realizar orações objetivando a cura (depoimento da ofendida à fl. 113 e extrato bancário à fl. 115).

Fato 10 – Vítimas Otília Farias de Paula e Claudir de Paula. Charlatanismo e estelionato consumado.

No dia 31 de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Vital Moretto, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmava para a vítima Claudir de Paula ser espiritualista e que curaria os problemas de pulmão e de coração da vítima idosa Otília Farias de Paula, nascida em 30.04.1931, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois o denunciado cobrou o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para realização de orações objetivando a cura, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

O denunciado Vital, vestido com um jaleco branco, afirmou ao filho da vítima, Claudir de Paula, que tiraria todas as dores da ofendida Otília, contudo para a realização do procedimento solicitou o pagamento de R\$ 1.000,00 (mil reais) e uma fotografia para a realização da cura no centro espiritual que possuía em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

Nessas condições, no dia 1º de setembro de 2017, Claudir de Paula foi ao hotel San Diego e, por volta das 9h40min, foi atendido por Vital, ocasião em que entregou o valor acordado e a fotografia de sua genitora (comprovante de saque de fl. 117, depoimento à fl. 116 e fotografia à fl. 118).

Fato 11 – Vítima Genir Marin. Charlatanismo.

No mês de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Rui Corrêa Barbosa e Fabiane da Silva Lima anunciaram cura por meio secreto, uma vez que afirmavam à vítima idosa Genir Marin, nascida em 01.01.1951, que havia muita inveja ao seu redor e que coisas ruins aconteceriam, tais como o estabelecimento comercial da vítima seria fechado e que iria se separar do marido, e que eles seriam capazes de afastar a inveja e o mal (depoimento da ofendida à fl. 102).

Fato 12 – Vítima Genir Marin. Charlatanismo e estelionato consumados.

Ainda no mês de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa, mediante a utilização de ardil, anunciou à vítima idosa Genir Marin, nascida em 01.01.1951, cura por meio secreto da inveja que, em tese, havia em sua vida, e induzindo a vítima em erro, pois que o denunciado cobrou o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) para retirada da inveja, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

Na ocasião, o denunciado entregou uma correntinha e determinou que a ofendida usasse a fim de afastar a inveja e fazer com o mal que lhe havia sido desejado voltasse para a pessoa que o desejou, razão pela qual a ofendida entregou o valor requerido.

Por fim, Rui Corrêa Barbosa determinou que a ofendida Genir Marin retornasse ao hotel para finalizar o tratamento (depoimento à fl. 102).

Fato 13 – Vítima Genir Marin. Charlatanismo e estelionato consumados.

No dia 1º de setembro de 2017, durante o período matutino, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Vital Moretto mediante a utilização de ardil, anunciou à vítima idosa Genir Marin, nascida em 01.01.1951, a cura por meio secreto da inveja que, em tese, havia em sua vida, e induzindo a vítima em erro, pois que o denunciado cobrou o valor de R\$ 170,00 (cento e setenta reais) para retirada da inveja, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

Na ocasião, o denunciado Vital Moretto atendeu a ofendida Genir no Hotel San Diego, ocasião em que afirmou que “terminaria o trabalho” de retirada da inveja, razão pela qual a ofendida entregou o valor requerido (depoimento à fl. 102).

Fato 14 – Vítimas Idalina Matilde Dutra Dias e Orlando Dutra Dias. Charlatanismo e estelionato consumados.

No dia 1º de setembro de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Vital Moretto mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmava que curaria o problema nas pernas e pés do ofendido Orlando Dutra Dias, nascido em 18.09.1927, e de hérnia no abdômen da vítima Idalina Matilde Dutra Dias, nascida em 6.8.1933, ambos idosos, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo as vítimas em erro, pois que o denunciado cobrou o valor de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) para realização de cirurgia espiritual e R\$ 100,00 (cem reais) para a compra dos objetos que seriam utilizados para o procedimento, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

O denunciado Vital, vestido com um jaleco branco, ao examinar a vítima Orlando Dutra Dias, disse que seu problema na verdade era nos rins.

Na mesma oportunidade, o denunciado atendeu Idalina Matilde Dutra, afirmando que ela estaria na iminência de morrer e caso não fizesse uma cirurgia espiritual morreria no dia seguinte.

Diante de tais declarações, o denunciado solicitou que os ofendidos entregassem o valor de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) para realização de cirurgia espiritual e R\$ 100,00 (cem reais) para a compra dos objetos que seriam utilizados para o procedimento, razão pela qual a vítima Orlando sacou o valor e entregou ao denunciado, conforme pode ser verificado do extrato de benefício de fl. 105 e depoimento à fl. 104.

Fato 15 – Vítima Claudete Maria Guth. Charlatanismo e estelionato consumados.

No dia 31 de agosto de 2017, em frente ao Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmava que faria a vítima Claudete Maria Guth (portadora de necessidades especiais), cadeirante, andar, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois que os denunciados cobraram o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para realização de cirurgia espiritual, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida.

Na ocasião, os denunciados afirmaram que fariam a vítima Claudete Maria Guth andar até a manhã do dia seguinte (1º de setembro de 2017), razão pela qual a ofendida entregou o valor requerido.

Após a entrega do valor, os denunciados Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa iniciaram o procedimento da cura ao realizar orações/preces. Entretanto, o procedimento não fez com que a vítima voltasse a caminhar (depoimento à fl. 9).

Fato 16 – Vítima Claudete Maria Guth. Estelionato tentado.

No dia 1º de setembro de 2017, em horário a ser apurado durante a instrução processual, porém, durante o dia, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa iniciaram a conduta de obter para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, tentando induzir a vítima Claudete Maria Guth (portadora de necessidades especiais) em erro mediante ardil.

Para tanto, os denunciados afirmaram que havia um mal olhado na família da ofendida, ocasião em que passaram a convencer a vítima de que precisavam de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para retirar o mal olhado, assim, lhe entregaram um óleo para a realização do procedimento.

A ação somente não foi consumada por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, uma vez que a vítima não tinha dinheiro para efetuar novo pagamento, então procurou a Delegacia de Polícia objetivando obter auxílio (depoimento à fl. 7).

Fato 17 – Vítima Aloísio Vogt. Estelionato tentado.

No dia 1º de setembro de 2017, por volta das 16h, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa iniciaram a conduta de obter para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, tentando induzir a vítima idosa Aloísio Vogt, nascido em 21.06.1953, em erro mediante ardil.

Para tanto, utilizando-se do mesmo modus operandi acima descrito, os denunciados alegaram que a trezentos metros da residência da vítima haveria uma mina de ouro, ocasião em que passaram a convencê-lo de que precisavam de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) para supostamente “abrir o caminho” da mina.

A ação somente não foi consumada por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, uma vez que, após sacar o valor requerido e retornar ao Hotel San Diego para efetuar o pagamento, os denunciados haviam sido presos em flagrante delito pela Autoridade Policial, nos termos do depoimento de fl. 10.

Fato 18 – Falsa identidade.

Nas mesmas condições de tempo e lugar, o denunciado Rui Corrêa Barbosa atribuiu a si falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, consistente em angariar clientes para realização de atendimentos, ocasiões em que o denunciado se apresentou, por diversas vezes, como sendo Roberto Cover.

Para tanto, almejando angariar clientes para a realização de atendimentos no Hotel San Diego, Rui Corrêa Barbosa realizou anúncios publicitários veiculados na rádio Raio de Luz, apresentando-se como Roberto Cover, razão pela qual foi procurado por diversas vítimas, por exemplo, Volmar Bolico, Maria Vogt, Alfredo Fassbinder e Renato Luiz Ruedell, entre outras.

Ademais, Rui Corrêa Barbosa entregava cartões de visita para as vítimas, no qual se apresentava como Roberto Cover. A vítima Claudete Maria Guth entregou na Delegacia de Polícia o documento que havia recebido do denunciado no qual consta o nome de Roberto Cover (cartão de visita à fl. 49).

Fato 19 – Falsa identidade.

No dia 31 de agosto de 2017, no período matutino, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa atribuiu a si falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, consistente em hospedar-se no hotel, ocasiões em que o denunciado se apresentou como sendo Roberto Cover.

Consta do procedimento policial que Rui Corrêa Barbosa, almejando hospedar-se no hotel, apresentou-se à secretária Loreci Gomes de Lima como sendo Roberto Cover e afirmou que era astrólogo e tarólogo (cartão de visitas à fl. 49).

Fato 20 – Vítima Sueli do Santos. Charlatanismo e estelionato consumados.

Entre junho e 1º de setembro de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmava que curaria a pressão alta e cisto nos ovários da vítima Sueli dos Santos, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, cobrou o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) para afastar os males e curar doenças, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida (depoimento de fl. 255).

Na ocasião, o denunciado afirmou que a ofendida receberia muito dinheiro, razão pela qual muitas brigas ocorreriam na família, bem como afirmou que curaria doenças, como a pressão alta, cisto nos ovários, entre outras, razão pela qual a ofendida entregou R\$ 200,00 (duzentos reais).

O denunciado pediu para que a vítima pagasse semanalmente, tendo Sueli voltado dias depois, ocasião em que Rui disse a ela “que o anjo já tinha visitado e estava tudo bem com a declarante e que ele ia continuar fazendo

os trabalhos”, e assim a ofendida pagou mais R\$ 50,00 (cinquenta reais) a Rui, o qual passou um óleo nas mãos dela e fez uma oração.

Fato 21 – Vítima Vicente Agostinho de Moura. Estelionato consumado.

No mês de julho de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, ao induzir a vítima Vicente Agostinho de Moura em erro mediante ardil (depoimento de fl. 256).

Para tanto, o denunciado Rui Corrêa Barbosa alegou que havia um grande mal na família, ocasião em que passou a convencê-lo de que precisava de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) para “fazer um trabalho num rio” e retirar o mal.

Entretanto, ao ser informado pela vítima de que não teria o valor requerido, Rui Corrêa Barbosa aceitou o pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais), realizado por meio da cártula bancária n. 850338, pelo ofendido Vicente Agostinho de Moura (fl. 257).

Fato 22 – Vítima Danilo Carlos Pian. Charlatanismo e estelionato consumados.

Entre os meses de julho e agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Rui Corrêa Barbosa e Fabiane da Silva Lima, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmavam que curariam as alergias da vítima idosa Danilo Carlos Pian, nascido em 26.01.19462, anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois os denunciados cobraram o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para curar as alergias, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo do ofendido (depoimento das fls. 258-259).

No primeiro atendimento realizado, no mês de julho de 2017, os acusados afirmaram que as alergias eram decorrentes de uma macumba que teriam feito contra o ofendido, razão pela qual cobrou o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) para a cura da doença, porém, o ofendido efetuou o pagamento de R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Diante do pagamento do valor, os denunciados entregaram um frasco com um líquido, que deveria ser passado na região da alergia.

Entretanto, ao perceber que as alergias não melhoraram, o ofendido retornou para consulta, ocasião em que os denunciados solicitaram R\$ 200,00 para a cura, tendo a vítima efetuado o pagamento de R\$ 100,00.

Segundo mencionado pela vítima, “ele falava na rádio que não cobrava os atendimentos, mas no final ele cobrava os remédios e o trabalho e não atendia mais se não levasse dinheiro para ele” (fl. 259).

Fato 23 – Vítima Wali Maria Bortolini. Charlatanismo e estelionato consumados.

No mês de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Vital Moretto e Rui Correa Barbosa, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmavam que curariam as dores da vítima Wali Maia Bortolini, idosa – nascida em 25/02/1948 (fl. 262), anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois os denunciados cobraram o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para curar as dores, a trombose, e retirá-la “do fundo do poço”, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida (depoimento de fl. 261).

Para tanto, os acusados olharam as cartas e afirmaram que a ofendida estava no “fundo do poço”, razão pela qual cobraram o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para “sair do fundo do poço”, porém, a ofendida efetuou o pagamento de R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Diante do pagamento do valor, o denunciado Vital Moretto determinou que Wali deitasse na cama ocasião em que passou a fazer movimentos com a mãos para a realização da cura (fls. 193-204; aditamento nas fls. 349-362).

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito Márcio Luiz Cristofoli julgou parcialmente procedente a exordial acusatória e:

a) condenou Vital Moretto à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, 5 meses e 25 dias de detenção, e 46 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 171, *caput* (por três vezes: fatos 6, 8 e 15); 171, *caput*, c/c o 14, II (fato 16); 171, § 4º (por cinco vezes: fatos 9, 10, 13, 14 e 23); e 283 (por sete vezes: 8, 9, 10, 13, 14, 15 e 23), todos do Código Penal. A pena privativa de liberdade deve ser resgatada no regime aberto, e cada dia-multa foi arbitrado no mínimo legal;

b) condenou Rui Corrêa Barbosa à pena de 21 anos e 6 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado; 3 anos, 8 meses e 15 dias de detenção, inicialmente em regime semiaberto; e 347 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, pelo cometimento dos crimes dispostos nos arts. 171, *caput* (por nove vezes: fatos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 15, 20 e 21); 171, *caput*, c/c o 14, II (fato 16); 171, § 4º (por cinco vezes: fatos 9, 12, 17, 22 e 23); 171, § 4º c/c o 14, II (por duas vezes: fatos 1 e 2); 283 (por onze vezes: 1, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 20, 22 e 23); e 307 (por diversas vezes: fatos 18 e 19), todos do Código Penal; e

c) absolveu Vital Moretto da imputação referente ao fato 17 e Fabiane da Silva Lima das acusações atinentes aos fatos 8, 11 e 22.

Insatisfeitos, Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa deflagraram recursos de apelação.

Vital Moretto, em suas razões, almeja a proclamação da sua absolvição no que diz respeito às acusações de charlatanismo, por terem sido crimes-meio para o fim (o estelionato, fls. 855-859).

Pretende, também, sua absolvição quanto à imputação narrada no “fato 23” na denúncia, por ausência de prova de sua participação no delito (fl. 859-862).

Postula, ao final, pela substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (fls. 849-867).

Rui Corrêa Barbosa, da mesma forma, almeja a absorção do crime do art. 283 por aquele do art. 171, ambos do Código Penal.

Requer, ainda, o afastamento da figura do art. 171, § 4º, do Código Penal, sob o argumento de que não há prova documental da idade das Vítimas dos fatos 1, 2, 9, 12, 17, 22 e 23, e o reconhecimento da continuidade delitiva entre as infrações da mesma espécie (fls. 972-983).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento dos reclamos (fls. 913-924 e 986-1.008).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes, posicionou-se pelo desprovemento dos recursos (fls. 1.041-1.053).

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

1. A alegação, feita pelo Apelante Vital Moretto, de insuficiência de prova da autoria no que diz respeito ao estelionato descrito no “fato 23” na denúncia, não convence.

Este crime foi assim atribuído aos Recorrentes Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa:

Fato 23 – Vítima Wali Maria Bortolini. Charlatanismo e estelionato consumados.

No mês de agosto de 2017, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, os denunciados Vital Moretto e Rui Correa Barbosa, mediante a utilização de ardil, uma vez que afirmavam que curariam as dores da vítima Wali Maia Bortolini, idosa – nascida em 25/02/1948 (fl. 262), anunciando, desse modo, cura por meio secreto, e induzindo a vítima em erro, pois os denunciados cobraram o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para curar as dores, a trombose, e retirá-la “do fundo do poço”, obtendo para si, vantagem ilícita, em prejuízo da ofendida (depoimento de fl. 261).

Para tanto, os acusados olharam as cartas e afirmaram que a ofendida estava no “fundo do poço”, razão pela qual cobraram o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para “sair do fundo do poço”, porém, a ofendida efetuou o pagamento de R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Diante do pagamento do valor, o denunciado Vital Moretto determinou que Wali deitasse na cama ocasião em que passou a fazer movimentos com a mãos para a realização da cura (fls. 361-362).

Vital Moretto alega que a Vítima Wali Maia Bortolini declarou, sob o crivo do contraditório, que apenas Rui Corrêa Barbosa cobrou a quantia dela e que, como a Ofendida teve contato com os Apelantes em “salas distintas”, isso “inviabiliza qualquer relação entre a prática do estelionato e a conduta atribuída ao Recorrente” (fl. 861).

De fato, a Ofendida declarou, em Juízo, que foi atendida por dois sujeitos em duas salas diferentes, e que o segundo teria pedido R\$ 400,00 para que a ajudasse a “sair do fundo do poço” e “curar as dores” (ela reclamou, na solenidade, de algia nas costas, nos braços e nas pernas). Indagada, ela identificou o Corréu, Rui Corrêa Barbosa, como o indivíduo que solicitou o pagamento; o outro homem apenas “conversou” com ela (mídia na fl. 582).

Na etapa administrativa, Wali Maria Bortolini inverteu a participação de cada Apelante no delito, mas manteve o mesmo discurso:

mostradas as fotografias dos conduzidos a declarante reconheceu prontamente Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa como sendo os homens que lhe atenderam no hotel San Diego, nesta cidade; que Vital olhou as cartas e disse à declarante “você está no fundo do poço”; que ele disse que ajudaria a declarante a “sair do fundo do poço” e também a terminar com as dores que sente; que Vital pediu para que a declarante deitasse na cama e lá fez alguns movimentos com as mãos; que ele disse que precisava de R\$ 600,00 para tirar as dores da declarante; que a declarante disse que não tinha esse dinheiro; que Vital aceitou o valor de R\$ 400,00 e pediu para que voltasse com o restante do valor na semana seguinte; que na semana seguinte eles já foram presos; [...] que perguntada o que Rui falou para a declarante, disse que “ele atendia em outra porta, mas pediu se eu tinha sido atendida e se tinha pago o valor certinho”; [...] (fl. 261).

Há, pois, certa imprecisão a respeito do *exato* papel desempenhado por cada Recorrente no “fato 23”.

Mas não há dúvida de que ambos, seguindo o mesmo *modus operandi* utilizado nas ocasiões anteriores, obtiveram vantagem ilícita. Ainda que apenas um deles tenha sido o responsável pelo fraudulento “movimento de mãos” que “curaria” as mazelas da Ofendida, e apesar de apenas um deles ter cobrado R\$ 600,00 dela (e recebido R\$ 400,00), ambos atuavam com propósito comum. Tanto que aquele que não cobrou de Wali o dinheiro indagou se ela havia sido atendida e adimplido o valor corretamente.

Sem mencionar que estavam ambos atuando juntos, ainda que por breve período, no Hotel San Diego, como o próprio Vital Moretto confirmou em seu interrogatório (ele disse que atenderam, em conjunto, por cerca de dois dias, 3min30s, mídia da fl. 582).

Não há, pois, incerteza acerca do fato de que o Apelante Vital Moretto tomou parte no estelionato cometido contra Wali Maria Bortolini, motivo de o pleito absolutório, portanto, ser descabido.

Quanto aos demais fatos, não há controvérsia a respeito do amparo probatório. Nem se imagina motivo para que existisse, considerando que as Vítimas, de modo geral, são categóricas a respeito da atuação dos envolvidos nos delitos.

2. O pleito de absolvição da prática dos delitos previstos no art. 283 do Código Penal, por consubstanciarem-se em crime-meio para o estelionato, deve ser acolhido.

A consunção é um método de resolução do conflito aparente de normas e “verifica-se [na absorção] a continência de tipos, ou seja, o crime previsto por uma norma (consumida) não passa de uma fase de realização do crime previsto por outra (consuntiva) ou é uma forma normal de transição para o último (crime progressivo)” (CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: Parte geral*, arts. 1º ao 120. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 144).

No mesmo sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci (*Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 168-169), de Luiz Regis Prado (*Curso de direito penal brasileiro: Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 276-277) e de René Ariel Dotti (*Curso de direito penal: Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 383-385).

No caso concreto, o *modus operandi* dos Recorrentes Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa, no que concerne ao charlatanismo, consistia, de acordo com os próprios termos da denúncia, em prometer curar as doenças que as Vítimas ostentavam (o “problema respiratório” de Volmar Bolico; as “alergias e pedras nos rins” de Vilmar Vicente Reinher; o “problema na coluna” de Maria Comim; o enfisema pulmonar de Arcildo Antônio de Lima, etc.) por meio de orações, gestos manuais e semelhantes. Tais procedimentos (as “curas misteriosas”) só seriam realizados, porém, se os Apelantes fossem suficientemente agradados com pecúnia.

O *anúncio* ou a *inculcação da cura por meio secreto*, portanto, nas ocasiões em que utilizados, foram o *ardil* empregado pelos Recorrentes Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa para induzir os Ofendidos em erro. Inclusive nos fatos em que não há acusação da prática do delito do art. 283 do Código Penal o ardil foi o mesmo: a evocação do *misticismo* sobre o qual os Apelantes proclamavam ter certo controle como meio para a entrega de benesse almejada pelas Vítimas (o fim dos problemas familiares de Alfredo Fassbinder; a “retirada da maldição” e a indicação para o caminho da “mina de

ouro” que existia na propriedade de Renato Luiz Ruedell; o “arranjo de um namorado” para Maria Vogt) caso houvesse a antecipada contraprestação em dinheiro.

Até na ocasião em que os Recorrentes foram denunciados pela prática de charlatanismo isoladamente (fato 11, cometido contra Genir Marin, fl. 356) a instrução deixou claro que não se tratava apenas do anúncio de cura por meio secreto, e sim, claramente, de um meio de angariar fundos em detrimento de terceiros.

Genir Marin, na presença da Autoridade Judiciária de Primeiro Grau, declarou:

Na primeira vez que eu fui [ao hotel onde os Apelantes estavam hospedados], daí ele me disse assim que era pra eu dar trezentos reais pra ele, porque nós tínhamos muita coisa ruim em casa, o meu marido tava sendo ameaçado de morte, tudo, e aí tinha que dar dinheiro para fazer um trabalho para poder libertar desse mal né (26s-55s, mídia da fl. 582).

É inegável, portanto, que o charlatanismo serviu como instrumento para a obtenção de vantagem pecuniária ilícita em prejuízo alheio.

De fato, as normas protegem bens jurídicos distintos (o patrimônio, no caso do art. 171; e a saúde pública, no do art. 283); mas essa diferença não é utilizada como critério para a aplicação da absorção, como exemplifica Cezar Roberto Bitencourt:

Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. É conhecido, entretanto, o entendimento do TRF da 4ª Região no sentido de que o art. 22 absorve o art. 6º da Lei n. 7.492/86. Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. Inegavelmente – exemplificando – são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática do estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 171 STJ) (*Tratado de direito penal*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 257).

Estendendo-se o rol de exemplos, tem-se a costumeira consunção do delito de porte de arma de fogo pelo crime de homicídio (STJ, REsp 1.351.249, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 1º.6.17), ainda que os tipos (Lei 10.826/03, art. 14; e CP, art. 121) tutelem bens jurídicos distintos (a segurança pública e a vida, respectivamente).

O extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, ainda que em ocasião longínqua, tratou de caso semelhante:

Estelionato – Caracterização – Agente que executa benzeduras e “trabalhos” espirituais mediante pagamento por tais “serviços” – Charlatanismo e curandeirismo que atuam como crimes-meio para se chegar ao delito-fim de receber vantagem ilícita – Absorção daqueles pelo delito mais grave – Voto vencido.

Previstos nos arts. 283 e 284 do CP o charlatanismo e o curandeirismo, punidos pelo só fato de o agente anunciar curas ou prescrever substâncias – independentemente de “morder” dinheiro – atuam como verdadeiros crimes-meios, através deles (posicionando-se, pois, como verdadeiro ardid tipificador de ilícito mais grave) se chegando ao delito-fim do art. 171, configurado pela “mordida” efetivamente havida. Havendo delito mais grave, nele

ficarão absorvidos (Ap. Crim. 670.741/5, Rel. Juiz Luiz Ambra, j. 5.11.92, apud *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 698, p. 357-359, dez. 1993).

Neste tocante, portanto, deve-se dar provimento aos apelos, a fim de que os Apelantes Vital Moretto e Rui Corrêa Barbosa sejam absolvidos das imputações referentes aos delitos positivados no art. 283 do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, por ter funcionado o charlatanismo como meio de execução dos estelionatos.

3. É preciso, ainda, promover a absolvição de Rui Corrêa Barbosa no que diz respeito aos delitos do art. 307 do Código Penal, ainda que sem provocação específica para tanto.

A imputação inicial, neste tocante, foi redigida nos seguintes termos:

Fato 18 – Falsa identidade.

Nas mesmas condições de tempo e lugar, o denunciado Rui Corrêa Barbosa atribuiu a si falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, consistente em angariar clientes para realização de atendimentos, ocasiões em que o denunciado se apresentou, por diversas vezes, como sendo Roberto Cover. Para tanto, almejando angariar clientes para a realização de atendimentos no Hotel San Diego, Rui Corrêa Barbosa realizou anúncios publicitários veiculados na rádio Raio de Luz, apresentando-se como Roberto Cover, razão pela qual foi procurado por diversas vítimas, por exemplo, Volmar Bolico, Maria Vogt, Alfredo Fassbinder e Renato Luiz Ruedell, entre outras.

Ademais, Rui Corrêa Barbosa entregava cartões de visita para as vítimas, no qual se apresentava como Roberto Cover. A vítima Claudete Maria Guth entregou na Delegacia de Polícia o documento que havia recebido do denunciado no qual consta o nome de Roberto Cover (cartão de visita à fl. 49).

Fato 19 – Falsa identidade.

No dia 31 de agosto de 2017, no período matutino, no Hotel San Diego, localizado na Rua Duque de Caxias, n. 572, Centro, Guaraciaba/SC, o denunciado Rui Corrêa Barbosa atribuiu a si falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, consistente em hospedar-se no hotel, ocasiões em que o denunciado se apresentou como sendo Roberto Cover.

Consta do procedimento policial que Rui Corrêa Barbosa, almejando hospedar-se no hotel, apresentou-se à secretária Loreci Gomes de Lima como sendo Roberto Cover e afirmou que era astrólogo e tarólogo (cartão de visitas à fl. 49).

Quanto ao amparo probatório à acusação inicial não há controvérsia (o Recorrente Rui Corrêa Barbosa identificava-se como Roberto Cover nos programas da Rádio Raio de Luz; para hospedar-se no Hotel San Diego forneceu este nome; e do mesmo modo ele se apresentava às Vítimas).

É preciso reconhecer, porém, a manifesta ausência de tipicidade das condutas.

O Apelante Rui Corrêa Barbosa, ao apresentar-se como Roberto Cover, não atribui a si identidade falsa, porque ele *era*, de fato, Roberto Cover.

Seguramente, essa não é sua identidade *oficial*, mas era o modo como ele era conhecido, seu pseudônimo. Não é como se ele fornecesse nome de terceiro para disfarçar sua real identidade.

Ele, em verdade, procedeu da mesma forma que outros *pseudocientistas* (ou personalidades que

flertam com misticismo, ocultismo ou astrologia em geral), e adotou personalidade *artística*. Como fizeram Benedicta Finazza (Mãe Dináh), José Ferreira dos Santos (Vidente Carlinhos), João Carlos de Almeida (João Bidu) e Roberio Alechandre Baveloni (Roberio de Ogum).

Mesmo que se repute a expressão “nome artístico” muito *carregada* de significado para ser dispensada a um charlatão, o raciocínio é o mesmo: Rui Corrêa Barbosa era *conhecido* por seu pseudônimo Roberto Cover. Ao apresentar-se deste modo, não atribuía a si falsa identidade, e sim identificava-se por seu apelido.

Lembre-se que a identidade “*falsa* significa que não corresponde à realidade, isto é, não permite identificar ou reconhecer determinada pessoa tal como ela é” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.254). Não é o caso, pois o Apelante era identificável como Roberto Cover.

A conduta, portanto, é atípica, de modo que o Recorrente Rui Corrêa Barbosa deve ser absolvido das imputações narradas nos fatos 18 e 19 na denúncia, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

4. O Apelante Rui Corrêa Barbosa requer, ainda, o afastamento da figura do art. 171, § 4º, do Código Penal, sob o argumento de que não há prova documental da idade das Vítimas dos fatos 1 (Volmar Bólico), 2 (Maria Vogt), 9 (Maria Gisela Herbert Heinher), 12 (Genir Marin), 17 (Aloísio Vogt), 22 (Danilo Carlos Pian) e 23 (Wali Maria Bortolini).

A assertiva é falsa. Os documentos de identidade das Vítimas foram acostados nos autos (fls. 262-270) e atestam que todas eram, no mínimo, sexagenárias ao tempo dos fatos. O mais jovem dentre eles, Volmar Bólico, nasceu em 8.11.55 (fl. 263), de modo que em julho de 2017 ele já contava 61 aniversários; e a mais antiga, Maria Gisela Herbert Reinher, nasceu em 11.6.47 (fl. 265), ou seja, tinha 70 anos completos quando foi Vítima de estelionato (em 31.8.17, fl. 198).

Há, portanto, prova documental da idade dos Ofendidos e, por isso, não se sustenta o pedido de afastamento da figura do art. 171, § 4º, do Código Penal.

5. A insurgência atinente ao cúmulo material também não é digna de acolhimento.

O Recorrente Rui Corrêa Barbosa almeja o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos contra o patrimônio, criticando a sentença resistida na parcela em que reputou comprovado que os “atendimentos” no Hotel San Diego eram realizados há semanas.

Tal censura, contudo, não é fundamentada. No dia 3.8.17, denunciaram à Ouvidoria do Ministério Público relatando a prática dos delitos que seriam cometidos por “Roberto Cover”:

Este cidadão está atendendo, e a consulta é 1 kg de alimento, mas quando a pessoa é atendida surge vários problemas, aí os gastos são enormes, em torno de sete mil reais pra mais. Estão prometendo a cura do câncer, tem uma senhora que deixou de tratar o câncer por causa deles, e agora está em estado terminal, sou vizinho desta senhora, ela não quer denunciado pois está temendo pela sua família (fl. 56).

Até antes disso o Apelante já utilizava de meios de comunicação para espalhar o engodo. O

“programa” semanal “destino da vida”, na Rádio Raio de Luz, passou a ser transmitido em 13.7.17 (arquivo “1_13-07-2017 12 58 41_13-07-2017 13 08 41, fl. 299); a prisão do Recorrente, por sua vez, ocorreu em 1º.9.17 (fl. 1).

Por cerca de um mês e meio, portanto, o Apelante Rui Corrêa Barbosa desenvolveu a prática estelionatária naquela localidade, e o fez de modo *habitual*. Ele anunciava os “serviços” que prestava, convidava as vítimas a comparecerem ao Hotel San Diego munidas de alimento não perecível, e lá evocava um “sensibilidade supernatural” para prometer, aos ofendidos, a cura por eles almejada, ou a vantagem neles inculcada.

Essa *adaptação* oportunista ao anseio da vítima (isto é, a proposta de cura àqueles acometidos de alguma mazela, ou a oferta de benefícios financeiros aos que tinham propósitos mais gananciosos) demonstra, também, a existência de desígnios autônomos com relação a cada um dos estelionatos.

Com esse modo de proceder, o Recorrente Rui Corrêa Barbosa angariou, no mínimo, R\$ 17.920,00 nesse curto período. A acumulação do equivalente a mais de *dezenove* salários mínimos em pouco mais de 45 dias revela, sem sombra de dúvida, a habitualidade da prática criminosa.

Note-se, por oportuno, a distinção da situação de Rui Corrêa Barbosa para aquela do também Apelante Vital Moretto, em prol de quem foi reconhecida a continuidade delitiva:

De outro turno, atinente à parte acusada Vital, não se verifica elementos suficientes nos autos para comprovar a habitualidade criminosa. Isso porque restou incontroverso nos autos que Vital esteve na cidade de Guaraciaba durante dois dias apenas (menos de 24 horas), circunstância que não indica que fazia da atividade ilícita o seu meio de vida.

Além do mais, o número de fatos imputados a Vital é infinitamente menor do que a Rui, o que também está comprovar a diferença entre comportamentos das partes acusadas.

Portanto, com fulcro no princípio “in dubio pro reo”, tenho que deve ser aplicada a continuidade delitiva, conforme postulou a Defensoria Pública (fl. 773).

Lembre-se que “não se aplica o crime continuado ao criminoso habitual ou profissional, pois não merece o benefício – afinal, busca valer-se de instituto fundamentalmente voltado ao criminoso eventual” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 499), como a Exposição de Motivos do Código Penal deixa claro:

O critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais.

Esta Corte, em casos semelhantes, já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO NA MODALIDADE FUNDAMENTAL, EM CONCURSO MATERIAL (CÓDIGO PENAL, ART. 171, CAPUT, POR OITO

VEZES, NA FORMA DO ART. 69, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA ETAPA DO CÔMPUTO. PRETENSE EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. DESCABIMENTO. ACUSADA QUE SE VALIA DA SUA CONDIÇÃO DE PROFESSORA DE INGLÊS DAS VÍTIMAS OU FILHAS DESTAS PARA GANHAR CONFIANÇA E ALCANÇAR SEU INTENTO. OFERECIMENTO DE SERVIÇOS RELACIONADOS A VIAGENS OU COMPRA DE EQUIPAMENTOS NO EXTERIOR. RECEBIMENTO DOS VALORES CORRESPONDENTES SEM AS DEVIDAS CONTRAPRESTAÇÕES. ACENTUADA REPROVABILIDADE DAS CONDUTAS. REFLEXO ADEQUADO. [...] ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM DETRIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. IMPROCEDÊNCIA. HABITUALIDADE CARACTERIZADA. AGENTE QUE FAZ DOS ATOS ILÍCITOS SEU MEIO DE VIDA. JUÍZO IRRETOCÁVEL (Ap. Crim. 0001490-77.2016.8.24.0026, Rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 13.9.18).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO SIMPLES (ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL) POR OITO VEZES, EM CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITUOSA. HABITUALIDADE CRIMINOSA VERIFICADA. CASO DE APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA MANTIDA (Ap. Crim. 0001217-38.2017.8.24.0067, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. 1º.3.18).

Deve ser mantido, portanto, o concurso material entre os delitos.

6. A substituição da sanção privativa de liberdade, por fim, deve beneficiar apenas um dos Recorrentes.

6.1. O apenamento de Vital Moretto, dada a modificação operada no item “3”, é reduzido para 3 anos e 4 meses de reclusão e 30 dias-multa (pena de 2 anos de privação de liberdade e 20 dias-multa, a mais expressiva daquelas referentes aos estelionatos (por conta da figura do art. 171, § 4º, do Código Penal), acrescida de 2/3 em razão da continuidade delitiva).

Considerando o *quantum* de pena (inferior a 4 anos), a condição de primário do Apelante (fl. 81), a ausência de violência ou grave ameaça no cometimento das infrações e o fato de nenhuma das circunstâncias judiciais terem sido consideradas em desfavor de Vital Moretto (fl. 776), não há justificativa para obstar a substituição da sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Opta-se, dentre as possíveis, pela imposição de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta estipulada no importe correspondente ao do salário mínimo (segundo a mesma razão utilizada para a fixação da pena de multa no menor patamar legalmente possível, fl. 777).

Inexistem critérios legais para a definição acerca dos moldes da substituição. De todo modo, é de se ter que a inexpressividade da pena de multa (que, para guardar simetria com o cômputo da reprimenda, deveria ser fixada no menor patamar possível) acabaria por torná-la demasiadamente irrelevante considerando a pena pecuniária que já foi imposta na sentença (de 30 dias-multa).

Assim, tem-se que a imposição de prestação pecuniária (ainda que no menor patamar legalmente possível) é mais eficaz para transmitir ao Recorrente Vital a mensagem de incorreção no seu modo de agir.

A prestação de serviços à comunidade, por sua vez, também é recomendável. Garante-se, assim, que uma instituição receba os trabalhos do Apelante sem que precise despender pecúnia pela mão-de-obra; e assegura-se (ou tenta-se assegurar, ao menos) que Vital Moretto tome conhecimento do valor do trabalho lícito.

6.2. Da reprimenda do Recorrente Rui Corrêa Barbosa, por conta da absolvição promovida nos itens “2” e “3”, é afastado o apenamento atinente aos delitos previstos nos arts. 283 e 307 do Código Penal, que consistia em 3 meses e 15 dias de detenção e 12 dias-multa por cada charlatanismo, e 3 meses de detenção por cada falsa identidade (um total de 3 anos, 8 meses e 15 dias de detenção e 132 dias-multa).

Restam, assim, as penas aplicadas pelos crimes de estelionato simples (1 ano de reclusão e 10 dias-multa por cada uma das nove infrações: fatos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 15, 20 e 21); estelionato simples tentado (6 meses de reclusão e 5 dias-multa: fato 16); estelionato contra pessoa idosa (2 anos de reclusão e 20 dias-multa para cada um dos cinco delitos: fatos 9, 12, 17, 22 e 23); e tentativa de estelionato contra pessoa idosa (1 ano e 10 dias-multa por cada crime: fatos 1 e 2).

Mantido o concurso material, a pena final é reduzida para 21 anos e 6 meses de reclusão e 215 dias-multa.

Sendo este o *quantum* final de pena, é manifestamente incabível a substituição da sanção privativa de liberdade, porque extrapolado o limite do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento parcial dos recursos, a fim de: a) reconhecer a consunção dos delitos de charlatanismo pelos crimes de estelionato e absolver Rui Corrêa Barbosa e Vital Moretto das acusações referentes à infração do art. 283 do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal; e b) substituir a pena privativa de liberdade imposta a Vital Moretto por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade; e, de ofício, pela absolvição de Rui Corrêa Barbosa no que diz respeito aos crimes de falsa identidade, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, de modo que a reprimenda imposta a Vital Moretto é reduzida para 3 anos e 4 meses de reclusão e 30 dias-multa, e a de Rui Corrêa Barbosa, para 21 anos e 6 meses de reclusão e 215 dias-multa.

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; Ag. Reg. no HC 142.750, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.6.17; e HC 156.661, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 9.5.18).

Para os fins do disposto 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 Rui Corrêa Barbosa e Vital Moretto devem ser incluídos, com fulcro no art. 1º, I, “e”, 2, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI).

Apelação Criminal n. 0016721-56.2016.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (LEI 11.340/06, ART. 7º). SENTENÇA DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (LEI 11.340/06, ART. 22). RECURSO DO REQUERIDO.

1. *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (LEI 11.340/06, ART. 22, I, II E III). SENTENÇA ANULADA. PRAZO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS. 2. INTERESSE RECURSAL. TRANSCURSO DO PRAZO DE VALIDADE. DISCUSSÃO SOBRE CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (LEI 11.340/06, ART. 5º).

1. A vedação de *reformatio in pejus* indireta é aplicável aos procedimentos que tratam exclusivamente da imposição das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, I, II e III, da Lei 11.340/06, por conta de sua natureza sancionatória. Assim, se a primeira sentença impõe ao requerido a proibição de aproximação da ofendida e de manter contato com ela por 2 anos, não pode o segundo comando judicial, proferido após anulação do processo provocada pelo requerido, impor tais medidas por prazo superior.

2. Transcorrido o prazo de validade de medida protetiva como determinado em sentença, reconhece-se a extinção da medida e fica prejudicado, por ausência de interesse, o pedido de revogação das medidas por ausência de prova da configuração de situação de violência doméstica.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0016721-56.2016.8.24.0023, da Comarca da Capital (Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher), em que é Apelante E. P. da S. e Apelada L.A.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso; dar-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a ocorrência de *reformatio in pejus* indireta e limitar a 2 anos, a contar de 28.7.16, o prazo de duração das medidas protetivas; e reconhecer a extinção das medidas pelo transcurso do prazo de duração para o qual foram estabelecidas, prejudicada a análise dos demais temas expostos no recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 30 de outubro de 2018, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel (Presidente). Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 31 de outubro de 2018.

Sérgio Rizelo

RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, L. A. requereu a fixação de medidas protetivas em desfavor de E. P. da S., seu ex-cônjuge, alegando ter sido fisicamente agredida por ele em 11.6.16 (fls. 2-3).

A tutela de urgência foi deferida em parte e E. P. da S. foi proibido de aproximar-se de L. A. em até 800m ou de estabelecer contato com ela por qualquer meio (fls. 6-8).

Após a citação editalícia de E. P. da S., a Doutora Juíza de Direito julgou parcialmente procedente o pedido e ratificou a decisão anterior, estipulando o prazo de 2 anos, a contar “do cumprimento da decisão liminar” (fls. 108-115).

Insatisfeito, E. P. da S. apelou. O reclamo foi julgado por esta Câmara em 22.8.17, que decidiu, à unanimidade, provê-lo e anular o processo desde a citação ficta (deste relator, fls. 180-183).

Renovado o ato de citação (fl. 223), E. P. da S. ofereceu resposta (fls. 229-232) e, na sequência, após manifestação favorável do Ministério Público (fls. 237-239), a Doutora Juíza de Direito acolheu o requerimento inicial, ratificou a imposição das medidas protetivas e fixou prazo de 2 anos de duração, a contar da prolação da sentença (fls. 240-241).

Insatisfeito, E. P. da S. deflagrou recurso de apelação.

Sustenta a ocorrência de “nulidade da citação” (fl. 267) e passa os três parágrafos seguintes sem mencionar a expressão “citação” uma só vez, aduzindo, em verdade, a irregularidade por ocorrência de *reformatio in pejus* indireta (fls. 267-268).

Quanto ao mérito, afirma que inexistem indícios da prática de violência doméstica e, sob tal argumento, requer a reforma da sentença resistida, com o afastamento das medidas protetivas.

Almeja, também, a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça e sua “absolvição” (fls. 263-274).

L. A. ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 338-343).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, posicionou-se pelo desprovimento do apelo (fls. 351-355).

Este é o relatório.

VOTO

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

1. As preliminares foram redigidas nos seguintes termos:

Da nulidade da citação.

Face ao reconhecimento pela 2.^a CC Cível reconhecer a nulidade da Citação, foi prolata pelo MM. Juízo, nova sentença, objeto do presente recurso de Apelação.

Alega o apelante as seguintes preliminares:

A sentença prolata pelo MM. Juízo esta inquinada de Nulidade Absoluta, uma vez que ocorreu e transitou em julgado a Medida Protetiva imposta ao apelante no período de 2016 com termino em 2018, extinta a medida protetiva.

Que as novas sentenças impõem ao apelante constrangimento ilegal, que se acolhida ficará na punição de

(48 meses), que a sentença na sua fundamentação fere o disposto do artigo 93, IX da Constituição Federal, desta forma impõem-se a extinção da Medida Protetiva. Com a decretação e conhecida a nulidade absoluta da sentença e a absolvição do apelante nos termos do artigo 386, VII do CPP.

Que da mesma forma encontra-se inquinado de vícios os pareceres do Ministério Público, inquinados com vícios insanáveis de nulidade absoluta. Cerceamento de defesa, como prevê o Artigo 5.º da Constituição Federal, LVI e Inciso IX, da CF e do Código Civil pela impossibilidade de nova sentença (fls. 267-268).

Como se vê, as “preliminares” não guardam relação com a citação. Em verdade, o Apelante E P. da S. insurge-se quanto ao fato de a “nova” sentença lhe impor condição mais gravosa do que a anulada (pois enquanto esta limitava as medidas protetivas a um período de 2 anos desde o deferimento da tutela de urgência, aquela estendeu o tempo de duração para mais um biênio *ex nunc*); trata da ausência de fundamentação da sentença resistida (embora de modo absolutamente superficial); e adjetiva de “nulas” as manifestações do Ministério Público, sem explicar o motivo.

Quanto à alegação de ausência de fundamentação e de “nulidade” das manifestações do Ministério Público, as “preliminares” não exigem maior atenção.

A sentença foi satisfatoriamente fundamentada, tanto que o Recorrente E P. da S., nas fls. 268-272, ataca *justamente* o arrazoado mediante o qual a tutela de urgência foi confirmada; e as manifestações do Ministério Público contêm apenas seu posicionamento sobre a questão posta à apreciação, sem qualquer “vício insanável” em seu bojo.

O primeiro ponto (o único digno de atenção, considerando a completa ausência de motivação dos demais), porém, é procedente.

O Superior Tribunal de Justiça permite a rejeição da inicial por ausência de justa causa nos casos de ação civil pública instaurada para apurar a prática de improbidade por conta da “natureza sancionatória”, apontando que as “exigências do Processo Penal contemporâneo” são “aplicáveis em todas as ações de Direito Sancionador”:

Segundo a orientação desta Corte a inicial da Ação de Improbidade pode ser rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.492/92), sempre que, do cotejo da documentação apresentada, não emergirem indícios da prática do ato improbo. Esse tipo de ação, por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador (AgRg no AREsp 27.704, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15.12.11).

O mesmo Superior Tribunal de Justiça já afirmou, também, que “as medidas protetivas previstas no art. 21, I, II, III, da Lei n. 11.340/2006 possuem caráter penal, por essa razão deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal” (AgRg no REsp 1.441.022, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18.12.14). Em mais de uma ocasião, inclusive (RHC 33.259, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17.10.17; AgInt no AREsp 608.061, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17.5.16; e AgRg no AREsp 785.750, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19.11.15).

Assim, ao processo cautelar autônomo de imposição de medidas protetivas decorrentes da prática de violência doméstica previstas no art. 22, I, II e III, da Lei Maria da Penha, devem ser aplicados os institutos processuais penais, garantindo-se ao jurisdicionado proteção contra a sanção estatal desmedida.

Um desses institutos é a vedação de *reformatio in pejus* indireta, assim conceituada por Renato Brasileiro de Lima:

Lado outro, por força do princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, se a sentença impugnada for anulada em recurso exclusivo da defesa (ou em *habeas corpus*), o juiz que vier a proferir nova decisão em substituição à anulada também ficará vinculado ao máximo da pena imposta no primeiro *decisum*, não podendo agravar a situação do acusado (*Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 1.624).

A *ratio essendi* do instituto é vinculada ao próprio interesse recursal. À parte só é permitido insurgir-se contra provimento jurisdicional em busca de situação que lhe seja melhor; conseqüentemente, é vedado ao litigante recorrer almejando situação que lhe seja menos favorável. E como não pode a Instância recursal proceder de ofício em prejuízo do réu (CPP, art. 617), não pode o Juízo de Primeiro Grau, depois da preclusão para o *dominus litis* e em processo cujo curso somente se estende por provocação da Defesa, outorgar prestação jurisdicional mais gravosa do que aquela inicialmente prestada. Do contrário, seria mais *útil* ao litigante *não recorrer*.

Neste caso, a sentença que substituiu o comando judicial anulado (fls. 240-251 e 108-115, respectivamente) acabou ocasionando resultado mais prejudicial ao Apelante do que a primeira prolatada. Enquanto esta limitava as medidas protetivas a um período de 2 anos, desde a data do deferimento da tutela de urgência (28.7.16, fl. 115), a sentença mais recente estendeu o tempo de duração das medidas para mais um biênio *ex nunc*, a contar da prolação da sentença (em 28.5.18, fl. 251), fazendo com que a proibição de contato ou de aproximação da Vítima (ou seja, a constrição, ainda que em grau mínimo, da liberdade do Recorrente) prolongue-se até 28.5.20.

Não se olvide que a primeira sentença foi anulada a pedido da Defesa, por vício na citação ficta (fls. 180-183).

A reforma indireta em prejuízo do Apelante E P. da S., portanto, é evidente. Deve o provimento jurisdicional resistido, por conta disso, ser limitado aos termos daquela primeira decisão: as medidas protetivas devem perdurar por 2 anos, a contar da data em que proferida o da fl. 8 (28.7.16).

2. Sendo assim, é preciso reconhecer que o debate restante (a respeito da configuração de violência doméstica que permitiria a imposição de medidas protetivas) é inócuo, pois qualquer que seja a conclusão atingida, a deliberação final será a mesma: as medidas não mais vigoram, seja porque foram impostas por 2 anos apenas e tal lapso já transcorreu, seja porque não há evidência de configuração da situação do art. 7º da Lei Maria da Penha que autorize sua imposição.

Considerando que o único efeito que decorre da sentença combatida são as medidas protetivas em si (isto é, não há nenhum *outro* efeito secundário da sentença), não remanesce, com o reconhecimento da extinção das medidas protetivas, utilidade no provimento recursal que permita a análise do tema restante.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso e por seu parcial provimento, a fim de reconhecer a ocorrência de *reformatio in pejus* indireta e limitar a 2 anos, a contar de 28.7.16, o prazo de duração das medidas protetivas; e reconhecer a extinção das medidas pelo transcurso do prazo de duração para o qual foram estabelecidas, prejudicada a análise dos demais temas expostos no recurso.

Apelação Criminal n. 0002904-03.2014.8.24.0052, de Porto União

Relator: Desembargador Norival Acácio Engel

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DESTRUIÇÃO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE; DANIFICAÇÃO DE VEGETAÇÃO SECUNDÁRIA EM ESTÁGIO MÉDIO DE REGENERAÇÃO DO BIOMA MATA-ATLÂNTICA E INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA. (ARTS. 38, “CAPUT”, 38-A, “CAPUT” E 41, DA LEI 9.605/95, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR INTEMPESTIVO. INTERPOSIÇÃO DO RECLAMO FORA DO PRAZO ESTABELECIDO NO ARTIGO 593, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RÉU SOLTO COM ADVOGADO CONSTITUÍDO. PRAZO QUE SE INICIA A PARTIR DA INTIMAÇÃO DO CAUSÍDICO.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002904-03.2014.8.24.0052, da comarca de Porto União Vara Criminal em que é Apelante Luis Carlos Gibinski e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Volnei Celso Tomazini, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Sérgio Rizelo e a Exma. Sra. Dra. Salete Silva Sommariva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 07 de agosto de 2018.

Desembargador Norival Acácio Engel

Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Porto União, o Ministério Público ofereceu Denúncia contra Luis Carlos Gibinski, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 38, caput, 38-A e 41, c/c art. 53, II, “c”, todos da Lei 9.605/95, em virtude dos seguintes fatos (fls. 95-97):

No dia 20 de dezembro de 2013, uma guarnição da Polícia Militar Ambiental dirigiu-se até a Localidade Bom Princípio do Maratá, no interior do município de Porto União/SC, nesta Comarca, onde constatou que o denunciado Luis Carlos Gibinski destruiu, através de corte com motosserra, 5,3 ha (cinco vírgula três hectares) de vegetação secundária em estágio médio de regeneração do Bioma da Mata Atlântica, objeto de especial proteção, tudo sem autorização do órgão competente, atingindo diversas espécies, dentre as quais *Dicksonia sellowiana* (Xaximbugio), espécie ameaçada de extinção 1.

O dano ambiental causado atingiu 0,61 ha (zero vírgula sessenta e um hectares) de floresta, ainda que em formação, considerada de preservação permanente, em razão da presença no local de um curso d'água e de uma nascente².

Posteriormente ao corte, o denunciado provocou incêndio na referida mata/floresta, causando dano em 4,69 ha (quatro vírgula sessenta e nove hectares) de vegetação.

Concluída a instrução do feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente a Exordial, para condenar Luis Carlos Gibinski, à pena privativa de liberdade de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, e 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, que no caso de dano da coisa particular, consistirá na restauração da área degradada e pecuniária, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática dos delitos tipificados no arts. 38, *caput*, 38-A, *caput* e, 41, *caput*, 9.605/98, c/c art. 69, do Código Penal.

Inconformada, a Defesa, interpôs Recurso de Apelação (fl. 183), em cujas Razões (fls. 183-187), busca, em síntese, a absolvição por ausência de autoria e materialidade em relação aos delitos descritos nos arts. 38, *caput*, da Lei 9.605/95 e art. 41, do mesmo diploma. Subsidiariamente, requer a reforma no cálculo dosimétrico para fixar a pena no mínimo legal, bem como pleiteia a substituição das reprimendas para aplicar, tão somente, pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Apresentadas as Contrarrazões às fls. 209-222, os autos ascenderam a este Tribunal, oportunidade em que lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Marcílio de Novaes Costa, manifestando-se pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo para tão somente reduzir a pena substitutiva de prestação pecuniária ao patamar de 01 (um) salário mínimo (fls. 231-237).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, vê-se que os requisitos de admissibilidade não restaram preenchidos, ante a intempestividade recursal. Vejamos.

Compulsando os autos, verifica-se que a intimação do advogado do Apelante, Dr. Gilson Orth (OAB 19.556/SC), restou perfectibilizada em 03/05/2017, encerrando-se o prazo para a interposição do reclamo em 08/05/2017, consoante se infere da certidão de publicação de relação de fl. 189.

Sabe-se que o prazo legal para a interposição do recurso de apelação é de 05 (cinco) dias, a teor do que dispõe o art. 593, *caput*, do Código de Processo Penal, bem como o prazo inicia-se no primeiro dia útil após a intimação.

Assim, constata-se a intempestividade do recurso de Apelação, uma vez que foi interposto tão somente no dia 05/07/2017 (fl. 183), às 15:48 horas, tendo o prazo de 05 (cinco) dias encerrado em 08/05/2017 (fl. 189).

Isso porque, em se tratando de réu solto, com advogado constituído, a intimação pode ser feita apenas aos patronos do acusado, consoante dispõe o art. 392, inciso II, do Código de Processo Penal.

Diante disso, em que pese a intimação do réu solto tenha ocorrido em 28/06/2017, esta Câmara entende que, nos casos em que houver defensor constituído nos autos, o prazo para interposição do recurso deverá ter início a partir da intimação do causídico.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Câmara, o Agravo n. 0046047-95.2015.8.24.0023, da Capital, relatoria do Des. Sérgio Rizelo, julgado em 27-03-2018:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CRIMINAL. TEMPESTIVIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL. RÉU SOLTO COM ADVOGADO CONSTITUÍDO (CPP, ART. 392, II). PRAZO. **A intimação da sentença condenatória, no caso de réu solto com advogado constituído, pode ser feita apenas ao defensor do acusado. Se o causídico foi intimado e não interpôs apelação nos cinco dias seguintes, encerrou-se o prazo para recurso, sendo flagrantemente intempestivo o apelo protocolado em qualquer data posterior.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifou-se).

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no HC 419.345/SC, Relatoria do Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. CRIMES CONTRA A HONRA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. SUFICIÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 392, INCISO II, E 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. É inviável o conhecimento do habeas corpus, uma vez que a defesa se insurge contra decisão singular de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, contra a qual seria cabível agravo regimental, que não foi interposto. Precedentes do STJ e do STF.

2. **Ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício firmaram a compreensão de que, em se tratando de réu solto, é suficiente a intimação de seu advogado acerca da sentença condenatória, procedimento que garante a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. 3. Na hipótese em tela, o acusado respondeu ao processo em liberdade, tendo o causídico por ele contratado sido devidamente intimado do édito repressivo, o que afasta a mácula suscitada pela defesa.**

SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA EM DESACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. É inviável analisar se a sentença condenatória teria ou não desrespeitado a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em recurso submetido ao regime de repercussão geral, uma vez que tal questão não foi alvo de deliberação pela Corte de origem, o que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

2. Agravo regimental desprovido. (grifou-se).

Ademais, não há violação à ampla defesa, uma vez que entende-se pela desnecessidade da intimação pessoal do réu solto, com defensor constituído.

Isso porque, *“tratando-se de réu representado por advogado (isto é, com quem estabeleceu*

tratativas, e com quem possivelmente firmou contrato de honorários), a intimação do casuístico é suficiente. A defesa técnica tem plenas condições de avaliar a conveniência da manifestação da insurgência.” (Agravo n. 0046047-95.2015.8.24.0023, da Capital, relatoria do Des. Sérgio Rizelo, julgado em 27-03-2018). (grifou-se).

Diante disso, resta prejudicada a análise do mérito recursal, porquanto ausentes os pressupostos de admissibilidade.

Por fim, insta frisar que os Embargos de Declaração n. 0002100-30.2017.8.24.0052, que teve como objeto a indisponibilidade do SAJ nos dias 03 e 04 de julho de 2017 torna-se sem efeito, uma vez que o último dia do prazo para interposição do recurso de Apelação operou-se em 08/05/2017, consoante fundamentado alhures.

Ante o exposto, vota-se no sentido de não conhecer do recurso, porquanto intempestivo.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0002384-55.2015.8.24.0069, de Sombrio

Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. ADVOGADO QUE, PELO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO, SUPOSTAMENTE SE APROPRIOU DE NUMERÁRIO PERTENCENTE A CLIENTE (ART. 168 § 1.º, INC. III, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. VERIFICADA AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS DO DOLO ESPECÍFICO. DÚVIDA QUE SE RESOLVE EM FAVOR DO ACUSADO. *IN DUBIO PRO REO*. SENTENÇA REFORMADA. CONTROVÉRSIA A SER DIRIMIDA NA ESFERA CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- Imprescindível à configuração da prática do crime de apropriação indébita descrito no art. 168 do Código Penal a comprovação, estreme de dúvidas, de que o agente tenha atuado com intenção (elemento volitivo) de apoderar-se de bem móvel alheio (elemento cognitivo – ciência de que o bem pertence a terceiro), por se tratar de elemento subjetivo do tipo e imprescindível ao édito condenatório.

- Na hipótese, em se tratando de divergência acerca da interpretação de cláusulas e percentuais estabelecidos em contrato de honorários advocatícios e, ainda, de possível excesso de execução em demanda cível, que culminou na constrição de bens e numerários da suposta vítima, a celeuma deve ser resolvida na esfera cível.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002384-55.2015.8.24.0069, da comarca Sombrio 2ª Vara em que é Apelante Josias Porto da Rosa e outro e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para absolver o apelante da prática do crime descrito na denúncia, com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Everaldo Silva e Des. Getúlio Corrêa.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto.

Florianópolis, 30 de outubro de 2018.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

Relator

RELATÓRIO

Denúncia: O Ministério Público ofereceu denúncia em face de Josias Porto da Rosa, dando-o como incurso nas sanções do art. 168, § 1.º, inc. III, do Código Penal, pela prática do fato delituoso descrito na peça inicial acusatória nos seguintes termos (fls. 60-63):

Inicialmente é necessário registrar que o denunciado Josias Porto da Rosa é advogado legalmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de Santa Catarina, sob seguinte número 14.994/SC.

Em virtude da profissão por ele exercida, em 9 de setembro de 2010 foi contratado pela vítima Elenir Pereira da Silva para patrocinar os interesses dela em uma ação indenizatória decorrente da inscrição equivocada de seu nome nos cadastros de inadimplentes pela empresa AVON COSMÉTICOS S.A.

Para tanto, na data de 10 de setembro de 2010, Josias e Elenir celebraram o contrato de honorários, tendo sido acertado que o denunciado Josias Porto da Rosa receberia de Elenir honorários líquidos e certos no montante de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (contrato constante à fl. 35), tendo sido devidamente regulamentado que este percentual referia-se somente ao trabalho exercido em primeira instância.

Além deste contrato, as partes entabularam o contrato de fl. 36, por meio do qual estabeleceram que para a promoção de serviços advocatícios no Agravo de Instrumento nº 2011.024210-7 o advogado receberia 10% (dez por cento) do valor da condenação impostas nos autos principais que deram origem ao Agravo.

Ou seja, o valor acordado entre as partes referente aos honorários de 1ª e 2ª instância remontavam um percentual de 30% sobre o valor da condenação.

Assim é que, em 22 de novembro de 2010, a ação indenizatória autuada sob o nº 0003506-79.2010.8.24.0069 foi julgada procedente, tendo sido a parte ré condenada ao pagamento de R\$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais) a título de indenização por danos morais, acrescido de juros de mora e correção monetária pelo índices oficiais CGJ/SC a contar desta sentença, até a data do efetivo pagamento.

Entrementes, após a promoção de ação de execução, no dia 9 de setembro de 2011 foi liberado o montante de R\$ 28.364,43 (vinte e oito mil trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos) para a conta nº 90413-9, agência 1410-9, Banco do Brasil, de titularidade do denunciado Josias Porto da Rosa, conforme documento (fl. 165 dos autos n. 0003506-79.2010.8. 24.0069).

Ato contínuo, em 29 de março de 2011, nesta comarca de Sombrio, o denunciado Josias Porto da Rosa, na condição de advogado constituído pela vítima Elenir Pereira da Silva, ou seja, no exercício regular de sua profissão, apropriou-se indevidamente da importância de R\$ 6.155,11 (seis mil cento e cinquenta e cinco reais), repassando a vítima apenas a quantia de R\$ 13.700,00 (treze mil e setecentos reais), conforme cópia do extrato de fl. 13.

Isso porque, lhe era devido a título de honorários a importância de R\$ 8.509,32 (oito mil quinhentos e nove reais e trinta e dois centavos) que somados ao valor de R\$ 6.155,11 (seis mil cento e cinquenta e cinco reais) perfazem o total de R\$ 14.664,43 (quatorze mil seiscentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos).

Sentença: Após a regular instrução do processo criminal, o Juiz Evandro Volmar Rizzo prolatou a seguinte decisão (fls. 211-219):

DIANTE DO EXPOSTO, julgo procedente a denúncia para condenar o acusado Josias Porto da Rosa, já qualificado, ao cumprimento da pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, com 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, por infração ao art. 168, § 1º, III, do CP.

Custas processuais pelo acusado.

Não sendo completamente desfavorável a análise das circunstâncias judiciais e tendo em vista o montante da pena privativa de liberdade aplicada, o acusado faz jus à substituição prevista no art. 44 do CP. Assim, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena corporal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 43, IV, nos termos do art. 46 e parágrafos, ambos do CP) e prestação pecuniária, a qual fixo em vinte salários mínimos, vigentes hoje, a reverter nos moldes da Portaria n. 01/2009 do Juízo de Direito da 2ª Vara de Sombrio (art. 45, § 1º do CP).

Concedo o direito de o acusado recorrer em liberdade, haja vista que, por ora, não vejo motivos para a decretação da prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP, medida essa que seria mesmo incompatível considerando a substituição da pena aplicada.

Quanto ao mais, nota-se que a peça portal veicula pedido de fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, e se tem dito, no ponto, que “o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. Não pode este arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido. (...) se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa” (Guilherme de Souza Nucci, in Código de Processo Penal Comentado. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 691), requisitos que foram atendidos porque houve instrução específica para exata apuração do quantum a ser devido, pelo que arbitro a reparação do dano pelo acusado em favor da vítima Renê Feliciano em R\$ 1.677,00 (um mil, seiscentos e setenta e sete reais), sem prejuízo de liquidação ulterior na forma do art. 63, parágrafo único, do CPP.

Comunique-se o teor da presente sentença à subseção local da OAB, na figura de seu presidente.

Comunique-se, ainda, o inteiro teor desta sentença à ofendida (art. 201, § 2º, do CPP).

Apelação interposta por Josias Porto da Rosa (p.s. atuante em causa própria): Por seu recurso, requereu a sua absolvição ao argumento de que não cometeu o crime anunciado na denúncia, e que a controvérsia é de natureza civil (interpretação de contrato de honorários advocatícios e termo de acordo extrajudicial).

Mantida a condenação, postula pela redução da pena de multa em razão de sua hipossuficiência (fls. 246-275).

Contrarrazões do Ministério Público: A acusação impugnou as razões recursais defensivas, requerendo, preliminarmente, “o desentranhamento da documentação de fls. 276-289, e sua devolução ao Apelante”; no mérito, o conhecimento e improvimento do recurso (fls. 294-307).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Procurador que exarou o parecer#Retorna o procurador que exarou o parecer580098@PROC., que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, bem como para que seja “indeferida a juntada do laudo pericial de fls. 276-280, cuja apresentação mostrou-se extemporânea e cuja produção realizou-se de modo unilateral (fls. 310-323).

Intervenção de Terceiros (fls. 329-335): Postulou a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Santa Catarina OAB/SC pela sua habilitação nos autos na qualidade de assistente do apelante Josias

Porto da Rosa, pela sua absolvição diante da ausência de provas que denotem a inequívoca intenção de apropriar-se de numerário alheio.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Josias Porto da Rosa (*p.s.* atuante em causa própria) contra sentença que julgou procedente a denúncia e o condenou pelo cometimento do delito descrito no art. 168, § 1º, inc. III, do Código Penal.

Considerando as insurgências já detalhadas no relatório, passo ao exame da matéria devolvida a conhecimento desta Câmara.

1. Pleito de Absolvição. Crime de Apropriação Indébita Privilegiada (art. 168, § 1º, inc. III, do Código Penal)

Consta dos autos que Josias Porto da Rosa foi denunciado como incurso nas penas do art. 168, § 1º, inc. III, do Código Penal, porque teria se apropriado indevidamente, no exercício de sua função de advogado, da quantia de R\$ 3.768,43 (três mil, setecentos e sessenta e oito reais e quarenta e três centavos) referente a uma parte do alvará judicial expedido em seu nome para levantamento de valor de titularidade de sua cliente, Sra. Elenir Pereira da Silva Costa, além de honorários sucumbenciais que lhe pertenciam.

No afã de ver reformada a sentença, argumenta que a controvérsia cinge-se ao desacerto com sua cliente quanto aos honorários advocatícios contratados (percentual), e que os valores não repassados à cliente referiam-se à verba que lhe era devida por força de contrato. Afirma, ainda, que a questão possui natureza cível e que foi dirimida extrajudicialmente no Termo de Acordo Extrajudicial de fls. 33-34.

Com razão o apelante.

Dispõe o art. 168 do Código Penal:

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de quem tem a posse ou a detenção:

§ 1.º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa;

[...]

Inc. III – em razão de ofício, emprego ou profissão.

Como se vê, trata o tipo penal em destaque da **apropriação dolosa** de coisa móvel de terceiro, recebida de boa-fé, cuja pena pode ser aumentada se verificado que a coisa reclamada foi **recebida em razão do exercício da profissão do agente**. O tipo penal subjetivo do crime em questão (dolo) consiste no **elemento volitivo** do agente em reter conscientemente para si coisa de outrem, sem a intenção de restituí-la (*animus rem sibi habendi*).

A respeito do dolo, válida a transcrição da doutrina de Cezar Roberto Bittencourt:

O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse em nome de outrem ou, em outros termos, a vontade definitiva de não restituir a coisa alheia ou desviá-la de sua finalidade.

O dolo – que se encontra na ação – deve abranger todos os elementos configuradores da descrição típica, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais. O autor, como afirma Claus Roxin, somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. Eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo constitui *erro de tipo*, excludente do dolo. O dolo, na espécie, como afirma Fernando Fragoso, “a vontade de assenhorear-se de bem móvel (*animus rem sibi habendi*), com **consciência** de que pertence a outrem, invertendo o título da posse”. Em outros termos, o agente deve ter **vontade e consciência de apropriar-se de coisa alheia, isto é, de tomar para si coisa que não lhe pertence**. Essa é a representação subjetiva que deve abranger e orientar a ação do sujeito ativo.

No crime de apropriação indébita, como já referimos, há uma inversão do título de posse, já que o agente passa a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem a posse legítima. É fundamental a presença do **elemento subjetivo transformador da natureza da posse**, de alheia para própria, como elemento subjetivo especial do injusto, sob pena de não se configurar a apropriação indébita. (Bittencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237).

Como se vê, o dolo é a vontade livre e consciente de praticar uma conduta criminosa, composto pelo elemento cognitivo (consciência de que o fato é crime) e outro volitivo (vontade de praticá-lo).

Feitas tais considerações, tenho que, na hipótese, embora a acusação ateste veementemente a prática do delito previsto no art. 168, § 1.º, inc. III, do Código Penal, não observo a comprovação estreme de dúvidas do elemento subjetivo consubstanciado na vontade livre e consciente do *animus rem sibi habendi* (elementos cognitivo e volitivo).

Com vênia ao entendimento adotado pelo Excelentíssimo Magistrado *a quo*, assim como ao posicionamento firmado pelo Ilustre Representante da Procuradoria-Geral de Justiça, tenho que os elementos informativos e as provas judiciais produzidas nos autos dão conta, tão somente, de **atestar a divergência na interpretação de percentual contratado para remuneração de serviços advocatícios e a possível ocorrência de excesso de execução nos autos de n.º 0003506-79.2010.8.24.0069, sem comprovar o elemento subjetivo do crime de apropriação indébita (dolo)**.

Na fase policial, a Sra. Elenir relatou os fatos às autoridades (fls. 3-4 e 20), afirmando, primeiro, que, apesar de ter assinado os contratos nos quais foram avençados os percentuais para remuneração do causídico, não foi informada a respeito de tal cobrança, e, segundo, que o apelante lhe pagou a quantia de R\$ 13.700,00, montante líquido após os descontos constantes nos contratos de honorários firmados. Ainda, informou a ocorrência de bloqueio da quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), porque verificado o excesso de execução nos valores cobrados na demanda na qual figurou como autora e o apelante como seu patrono.

Ato sequente, ainda na fase policial, o recorrente prestou depoimento e esclareceu a divergência acerca dos percentuais acordados para pagamento de honorários contratados e também de mero equívoco de cálculo. Relatou, em seguida, que a situação foi esclarecida através do Termo de Acordo Judicial (fls. 33-34), no qual assim estabeleceram as partes:

[...]

Ocorre que, houve execução a maior, restando a contratante ELENIR PEREIRA DA SILVA COSTA compelida a devolver à executada AVON COSMÉTICOS S.A., a quantia de R\$ 3.749,05 (Três mil, setecentos e quarenta e nove reais e cinco centavos), o que até a presente data não foi realizado.

Assim, através do presente acordo, as partes reajustam os valores dos honorários contratados, sendo que o advogado JOSIAS PORTO DA ROSA, por livre e espontânea vontade abre mão de 10 % dos honorários referentes aos agravos, permanecendo portanto, honorários de 30% (trinta por cento), ou seja, 20% na ação principal, mais 10% referente aos agravos (cinco por cento cada um).

Que as partes esclareceram a situação, sendo que de fato entenderam que na verdade o que ocorreu foi um erro de cálculo no tocante aos honorários contratados, sendo que a contratante entendia que deveriam ser deduzidos apenas 30% a título de honorários contratados, o advogado entendia que eram 20% (em primeira instância), mais 10% de um agravo, mais 10% de outro agravo, totalizando 40% da condenação.

Não houve, assim, apropriação de valores por parte do advogado, nem tampouco o mesmo enganou a Senhora ELENIR PEREIRA DA SILVA COSTA, mas tudo não passou de um desencontro de informações, mas que foram agora esclarecidas.

As partes, então, **fazem um acordo civil, no qual o advogado JOSIAS PORTO DA ROSA assume o compromisso de devolução integral à executada Avon Cosméticos S.A., dos valores que estão sendo cobrados perante os autos acima mencionados (069.10.003506), na importância de R\$ 3.746,05 (Três mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), devidamente corrigida, mas cujo acordo está sendo realizado com aquela parte no montante de R\$ 4.000,00 (Quatro mil reais).**

Ressalta-se que o advogado fica responsável pelo pagamento de referidos valores ao executado naquela ação (Avon Cosméticos S.A.) como forma de repactuação dos honorários contratados, salientando as partes nada mais terem a receber uma da outra, seja a que título for, especialmente lucros cessantes, danos morais ou indenizatórios.

Em tempo, referido acordo possui data de 15 de outubro de 2015, ou seja, foi entabulado alguns dias após o depoimento prestado pela Sra. Elenir às autoridades policiais, e resolve as questões de fato controversas (percentuais de honorários contratados - reformulados no Termo - e condições de acerto quanto ao numerário a ser devolvido). Como se vê, os autos possuem questões de fundo exclusivamente civil.

Por certo que os acontecimentos causaram forte irresignação na Sra. Elenir Pereira da Silva Costa, que se viu prejudicada por ter recebido montante aquém do que entendeu devido, e causaram o impulso inicial na sua busca por justiça. No entanto, a ausência de provas de que o repasse a menor tenha se dado com o **dolo específico de apropriação de coisa alheia** traz dúvidas significativas a respeito da prática do delito anunciado e, qualquer afirmação que se possa fazer do fato, com intuito de incriminar o recorrente, não passa de pressuposição.

Diante de tal cenário, e considerando as nuances específicas do caso concreto, tenho que a palavra da suposta vítima não possui isenção e parcialidade e deve ser vista com reservas quanto à comprovação da **intenção** da prática do delito. Oportuno mencionar que autoria do crime e o dolo são institutos distintos e não se confundem na hipótese: o primeiro, atesta a conduta descrita na lei como criminosa (apropriação indébita de coisa móvel alheia) e o segundo, a intenção de cometê-lo, que resai da verificação da soma das seguintes elementares do tipo: (1) recebimento de boa-fé de coisa alheia, (2) ciência de que pertence exclusivamente a terceiro; (3) elemento volitivo de tornar sua a coisa.

Inclusive, o fato de o apelante ser advogado militante e, portanto, detentor de conhecimento técnico na área, não basta para comprovar que tenha atuado com consciência do suposto caráter ilícito de sua conduta, uma vez que, conforme ressaltado dos autos, atuou movido pela certeza de que os valores lhe pertenciam, e não pela intenção de se apropriar de numerário alheio.

Dito isso, tenho que a acusação não logrou êxito em demonstrar que de fato o repasse a menor de valores pertencentes à suposta vítima teria se dado com a observância dos elementos cognitivo e volitivo da conduta - intenção de privilegiar-se de sua condição de advogado para receber e apropriar-se de coisa alheia -, em que pese ser incontroversa a imprecisão no repasse dos valores pelo apelante à sua cliente, ônus que pertence à acusação:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nesse contexto, a dúvida não pode militar em desfavor do Apelante, sob o imperdoável risco de se condenar pessoa inocente que, tão somente, ostenta a aparência de culpa diante dos olhos daquela que se sentiu prejudicada por divergência de interpretação de cláusula contratual, erro de cálculo, ou ainda, quando sobreveio a penhora por excesso de execução.

Por fim, registro ser a esfera cível competente para averiguar a titularidade dos valores, dirimir as questões que porventura permaneçam controversas acerca dos contratos firmados entre as partes, verificar o cumprimento do Termo de Acordo Extrajudicial de fls. 33-34, e, ainda, investigar a responsabilidade civil do profissional ante possível ocorrência de excesso de execução do julgado, que culminou na constrição de bens da Sra. Elenir.

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para absolver Josias Porto da Rosa da prática do delito descrito na denúncia com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Este é o voto.

Mandado de Segurança n. 4015167-35.2018.8.24.0900, de Blumenau

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

MANDADO DE SEGURANÇA. ALMEJADO AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA MULTA ESPECIFICADA NO ART. 265, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, POR ABANDONO DE CAUSA.

ADVOGADO QUE, INTIMADO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA, O FAZ FORA DO PRAZO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CAUSÍDICO PARA JUSTIFICAR A DESÍDIA. APLICAÇÃO DA MULTA QUE VIOLARIA OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4015167-35.2018.8.24.0900, da comarca de Blumenau 3ª Vara Criminal em que é Impetrante Jaison da Silva e Impetrado Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conceder a ordem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 7 de agosto de 2018, os Exmos. Srs. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo e Getúlio Corrêa. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 8 de agosto de 2018.

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por Jaison da Silva, contra ato tido como ilegal proferido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau nos autos n. 0003719-93.2018.8.24.0008, o qual lhe aplicou multa de 10 (dez) salários mínimos, em razão da não apresentação da resposta à acusação.

Destaca o impetrante, em síntese, não estar configurado o abandono de causa. Argumenta ter impetrado em favor de Jean e Renata *habeas corpus*, bem como ter realizado sustentação oral em benefício de ambos.

Quanto à resposta à acusação, diz tê-la apresentado no dia 20/06/2018, um dia após a aplicação da multa por abandono da causa pelo magistrado. Sustenta não ter-lhe sido permitido justificar-se antes da incidência da sanção. Explica ter sido prejudicado pela greve dos caminhoneiros ocorrida no período, ter acumulado trabalho, além de apontar a dificuldade de deslocamento até Itajaí e Blumenau, onde Renata e Jean estão presos, respectivamente.

Pleiteia, liminarmente, a concessão da segurança, para que seja determinado a anulação da decisão combatida (p. 1-4).

A liminar foi indeferida (p. 230-231), assim como o pedido de reconsideração (p. 266-268).

Prestadas as informações pela autoridade coatora (p. 235-239), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Rogério A. da Luz Bertoncini, opinou pela concessão da segurança, para declarar nula a decisão impugnada.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jaison da Silva contra ato supostamente ilegal atribuído ao Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, em virtude da decisão que lhe aplicou multa de 10 (dez) salários mínimos, em razão da não apresentação da resposta à acusação.

A ordem merece ser concedida.

O impetrante sustenta a ilegalidade da multa por abandono da causa, por não ter sido previamente intimado para se justificar.

Com efeito, extrai-se dos autos que o advogado, ora impetrante, não foi intimado pelo juízo *a quo* para apresentar eventual justificativa da não apresentação de resposta à acusação no tempo hábil, de modo que a aplicação da multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, segundo a jurisprudência dessa Corte de Justiça, violaria os princípios do contraditório, da ampla defesa, e devido processo legal.

A propósito:

PROCESSO PENAL. RECLAMAÇÃO (RITJSC, ART. 243). DECISÃO JUDICIAL QUE APLICOU MULTA POR ABANDONO INJUSTIFICADO DA CAUSA (CPP, ART. 265). CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE SE VERIFICOU ERRO IN PROCEDENDO NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. ADVOGADO NÃO INTIMADO DA REDESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA SEM INTIMAÇÃO PRÉVIA PARA JUSTIFICAR O NÃO COMPARECIMENTO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ABANDONO DE CAUSA NÃO VERIFICADO. RECLAMAÇÃO PROVIDA. - Inviável falar em abandono de causa quando o advogado nem sequer foi intimado da redesignação da audiência, ocasião na qual lhe foi imposta a sanção pecuniária devido ao não comparecimento. - **Para fins de aplicação da multa que alude o art. 265 do Código de Processo Penal, deve haver intimação prévia do defensor, a fim de justificar sua ausência, de modo a prestigiar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.** **Precedentes.** (Reclamação n. 2015.044338-5, de Lages, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 17-11-2015 – grifou-se).

E também, desta Câmara:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A SAÚDE E PAZ PÚBLICAS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA

QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA DELITUOSA PARA O ART 28 DA LEI N. 11.343/2006, JULGOU EXTINTA A PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA E ABSOLVIÇÃO DO CRIME DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. [...] **PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AOS DEFENSORES CONSTITUÍDOS ANTERIORES. DESCABIMENTO. EVENTUAL SANCIONAMENTO QUE OFENDERIA OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO PENAL. PRECEDENTES.** (TJSC, Apelação Criminal n. 0002250-78.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 18-07-2017 – grifou-se).

E deste relator:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL DIANTE DO NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO TEMPORAL. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MULTA ESPECIFICADA NO ART. 265, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABANDONO DE CAUSA. ADVOGADA QUE, INTIMADA PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES, APÓS INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE PRÓPRIO PUNHO PELO APENADO, DEIXA TRANSCORRER IN ALBIS O PRAZO. **AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA CAUSÍDICA PARA JUSTIFICAR A DESÍDIA. APLICAÇÃO DA MULTA QUE VIOLARIA OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OUTROSSIM, EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À SECCIONAL DA OAB QUE SE RELEVA MEDIDA EXTREMA À HIPÓTESE.** PLEITOS INDEFERIDOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0821531-64.2014.8.24.0038, de Joinville, Terceira Câmara Criminal, j. 06-09-2016 – grifou-se).

Logo, inadequada a aplicação da multa postulada, motivo que autoriza a revogação da decisão.

Aliás, neste sentido também foi o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (p. 272-273).

Em decorrência, vota-se pela concessão da segurança.

É o voto.

Apelação Criminal n. 0003007-44.2016.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE (CP, ART. 157, § 3º, C/C ART. 14, II) E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI 8.069/1990, ART. 244-B). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE (CP, ART. 157, § 3º, C/C ART. 14, II). PEDIDO DE CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA PEÇA ACUSATÓRIA. VIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APELADO QUE, EM COMUNHÃO DE ESFORÇOS E UNIDADE DE DESÍGNIOS COM ADOLESCENTE, ENTROU NA RESIDÊNCIA DAS VÍTIMAS E, NA POSSE DE ARMA DE FOGO, ANUNCIOU O ASSALTO, SUBTRAIU BENS E, AO EMPREENDER FUGA DO LOCAL COM O VEÍCULO DOS OFENDIDOS, SEU COMPARSA EFETUOU DISPAROS EM DIREÇÃO DELES, OS QUAIS SOMENTE NÃO LHE ATINGIRAM POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS AGENTES. DECLARAÇÕES FIRMES E COERENTES DAS VÍTIMAS EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL, AS QUAIS SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CRIMES PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE. RECONHECIMENTO DO APELADO POR UM DOS OFENDIDOS COMO SENDO UM DOS AUTORES DA CONDUTA CRIMINOSA PRATICADA. DEPOIMENTO FIRME DA TESTEMUNHA QUE PRESENCIOU O APELADO E SEUS COMPARSAS ABANDONANDO O VEÍCULO SUBTRAÍDO. VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA (CPP, ART. 156). CONDENAÇÃO QUE É DE RIGOR.

CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI 8.069/1990, ART. 244-B). PEDIDO DE PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. VIABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE INCONTESTE. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA PREDISPOSIÇÃO CORRUPTIVA DO ADOLESCENTE. VERBETE 500 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS DA AÇÃO 000516-81.2010.8.24.0048). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003007-44.2016.8.24.0018, da comarca Chapecó 2ª Vara Criminal em que é/são Apelante(s) Ministério Público de Santa Catarina e Apelado(s) L.M.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar Lucas Morandi, como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal, e art. 244-B da Lei 8.069/1990, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual na quantia equivalente ao mínimo legal, determinando-se, ao final, a execução provisória da pena, assim que esgotada a competência desta Corte.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann e Des. Getúlio Corrêa.

Funcionou como Representante do Ministério Público o(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2018

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Chapecó, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de **Lucas Morandi** pela prática, em tese, da conduta criminosa descrita no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal e art. 244-B da Lei 8.069/1990, em razão dos fatos assim narrados (fls. 79-80):

No dia 16 de julho de 2015, por volta das 07h30min, na Rua Clóvis Locatelli, n. 820, Bairro Presidente Médici, nesta cidade e comarca de Chapecó/SC, o denunciado **LUCAS MORANDI**, acompanhado do adolescente Ovir Alves Vieira (17 anos nascido em 14/11/1999), mediante comunhão de esforços e unidade de desígnios, orientados por seu caráter e personalidade voltados para a prática de crimes, motivados à prática de crime de roubo, estando munidos de instrumento de reconhecido poder vulnerante (revólver), adentraram no pátio da residência das vítimas Victor Pedro Gobbi e Sivonei Fátima Pescador Gobbi.

Assim sucedeu que, estando o denunciado **LUCAS MORANDI** com a arma de fogo em punho, em companhia do adolescente Ovir Alves Vieira, surpreenderam a vítima Victor Pedro Gobbi na garagem da residência e ordenaram a entrega da carteira e do veículo VW/Gol, placas MFU6584. A vítima, em razão da grave ameaça perpetrada pelos agentes, entregou sua carteira, que continha R\$ 500,00 (quinhentos reais) em espécie, e todos os seus documentos pessoais, inclusive o registro da arma .38 e a chave do veículo VW/Gol.

Após ter subtraído os pertences acima mencionados, além de um jogo de tapetes avaliado indiretamente pela vítima Sivonei Fátima Pescador Gobbi em R\$ 600,00 (seiscentos reais), o denunciado **LUCAS MORANDI** saiu dirigindo o veículo VW/Gol, placas MFU6584, pertencente a vítima, na posse da res subtraída.

Durante a fuga, o adolescente Ovir Alves Vieira efetuou três disparos de arma de fogo contra os ofendidos Victor Pedro Gobbi e sua esposa Sivonei Fátima Pescador Gobbi, que não acertaram por motivos alheios a sua vontade, mormente pela má pontaria e as vítimas terem se encondido no interior da residência.

Tem-se que os disparos efetuados pelo adolescente Ovir Alves Vieira contra as vítimas Victor Pedro Gobbi e Sivonei Fátima Pescador Gobbi, com instrumento capaz de causar morte (revólver), na direção dos citados ofendidos, foi nitidamente atentando contra a vida das vítimas e a fim de garantir e assegurar a retirada dos bens, sendo que o resultado morte só não se concretizou, como narrado, por circunstância alheia a vontade do agente (falta de pontaria e a vítima procurou se defender).

Acionada a polícia militar e repassadas as características dos autores, a vítima Victor Pedro Gobbi prontamente reconheceu o denunciado **LUCAS MORANDI** como um dos autores (aquele que teria lhe abordado e saído na condução do veículo).

Por volta das 14h daquele mesmo dia (16/05/2015), a guarnição foi informada pelo vigilante Davi Jardim da Rosa que o veículo VW/Gol, placas MFU6584 teria sido abandonado na rua Lauro Muller, no Loteamento Vento Minuano, nesta cidade de Chapecó/SC, conforme boletim de ocorrência de recuperação de veículo de fl. 6. Na oportunidade, o vigilante relatou aos militares que três rapazes abandonaram o veículo, sendo que um deles apontou a arma de fogo em sua direção, posteriormente, evadiram-se em direção ao bairro São Pedro.

Ato contínuo, a polícia militar em diligências no Bairro São Pedro apreendeu o menor Ovir Alves Vieira e conduziu até a Delegacia de Polícia, onde foi reconhecido pelas vítimas Sivonei Fátima Pescador Gobbi e Davi Jardim da Rosa (Termo de Reconhecimento de Pessoa às fls. 12 e 18).

Destaca-se que o concurso de agentes foi circundado pela ofensa à moralidade do menor co-autor, na medida em que o denunciado, corruptor, estimulou e/ou facilitou o ingresso do inimputável Ovir Alves Veira (17 anos de idade) na senda negra da criminalidade, proporcionando-lhe a prática conjunta da atividade ilícita agora denunciada.

Sobreveio sentença em que a Magistrada de primeiro grau julgou improcedente a peça acusatória oferecida em desfavor de **Lucas Morandi** para absolvê-lo, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, da prática dos crimes previstos no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, e no art. 244-B da Lei 8.069/1990 (fls. 335-344).

O **Ministério Público do Estado de Santa Catarina** interpôs recurso de apelação, ocasião em que alegou que a materialidade e autoria dos crimes previstos nos art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal e art. 244-B da Lei 8.069/1990, estão comprovadas, razão por que a reforma da sentença com a condenação do apelado nos termos da denúncia é medida que se impõe (fls. 353-372).

Contrarrrazões às fls. 378-412.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo de Carvalho Roberge, onde opinou pelo conhecimento e provimento do recurso interposto (fls. 419-427).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade motivo pelo qual deve ser conhecido.

O Ministério Público se insurge em face da sentença que, ante a inexistência de provas suficientes que justificassem a condenação (CPP, art. 386, VII), absolveu Lucas Morandi da prática das condutas criminosas previstas nos art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal e art. 244-B da Lei 8.069/1990.

O Órgão Acusatório pugna pela condenação do apelado nos termos da denúncia, ao argumento de que tanto a materialidade quanto a autoria estão suficientemente comprovadas.

E, de fato, razão lhe assiste.

Pelo que se infere dos autos, no dia 16 de julho de 2015, por volta das 7h30min, na Rua Clóvis Locatelli, 820, Bairro Presidente Médici, na cidade de Chapecó/SC, o apelado, em comunhão de

esforços e em unidade de desígnios com o adolescente O.A.V., adentraram na residência das vítimas Victor Pedro Gobbi e Sivonei Fátima Pescador Gobbi e anunciaram o assalto. Mediante o emprego de grave ameaça exercida na posse de arma de fogo, os agentes ordenaram que Victor entregasse a sua carteira, a qual continha R\$ 500,00 (quinhentos reais), documentos pessoais e as chaves do veículo VW/Gol, placas MFU6584. Ainda, subtraíram um jogo de tapetes avaliados em R\$ 600,00 (seiscentos reais). Durante a fuga, à bordo do veículo das vítimas, e com a intenção de garantir a subtração dos bens, o adolescente O.A.V. efetuou 3 (três) disparos de arma de fogo em direção aos ofendidos, os quais só não lhes atingiram por motivos alheios às suas vontades: má pontaria do agente e porque Victor e Sivonei conseguiram se esconder no interior da residência.

A materialidade emerge do Auto de Apreensão de Adolescente (fl. 3), Registro de Roubo de Veículo (fls. 4-5), Termos de Recuperação de Veículo (fl. 6) e Reconhecimento e Entrega (fl. 17), Termo de Exibição e Apreensão (fl. 9), Termos de Reconhecimento de Pessoa (fls. 12 e 18) e Laudos Periciais (fls. 69-74 e 98-117).

A autoria, ao contrário do que sustenta a Magistrada de primeiro grau, desponta do contexto probatório.

O **apelado**, no inquérito policial, narrou que desconhece os fatos a si imputados, negou a autoria e, no mais, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fl. 36). Na fase judiciária, negou os fatos e disse que, caso fosse realmente o autor, teria fugido (fl. 210).

O adolescente **O.A.V.**, no inquérito policial, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fl. 19). Sob o crivo do contraditório, narrou que foi o autor do roubo perpetrado no dia dos fatos, mas que o praticou sozinho. Asseverou que não conhece Lucas. Confirmou que proferiu disparos de arma de fogo em direção à residência porque viu uns “*vultos*” e que, após a consumação do crime, abandonou o veículo subtraído. Questionado acerca da procedência da arma de fogo, disse se tratar de um revólver (fl. 210).

Victor Pedro Gobbi, na fase indiciária e em juízo, manteve a versão de que, no dia dos fatos, foi surpreendido, na garagem de sua residência, por 2 (dois) indivíduos com uma arma de fogo em punho, e que um deles exigiu que entrasse para o interior da casa: “*vai pra dentro, vai pra dentro*”. Disse que o agente exigiu o controle do portão, as chaves do carro e a carteira, contendo documentos pessoais e quantia em dinheiro. Num determinado momento, ouviu sua esposa gritando, ocasião em que os agentes proferiram disparos de arma de fogo em direção a sua esposa, a qual se encontrava no portão da residência. No inquérito, descreveu o indivíduo que lhe abordou como sendo “*magro, pele relativamente clara*”, com aproximadamente 1,7m de altura, com a boca “*meio torta*”, e que estava vestindo touca. Ainda, disse que o indivíduo que proferiu os disparos de arma de fogo não foi o mesmo que lhe abordou, o qual não foi detido pela guarnição. Na oportunidade, “*reconheceu, sem dúvidas, o homem armado e que o conduziu para o interior da residência, como sendo: Lucas Morandi*”, o que foi confirmado em juízo (fls. 13-14, 65-66 e 210).

Da mesma forma, **Sivonei Fátima Pescador Gobbi**, nas duas fases da persecução penal, narrou que estava no quarto de sua residência quando foi surpreendida por seu marido anunciando que estariam sendo vítimas de assalto. Dirigiu-se até a garagem da residência e percebeu que os agentes estavam

empreendendo fuga à bordo de seu veículo, ocasião em que o “*rapaz negro que usava uma luva cirúrgica nas mãos*” efetuou disparos de arma de fogo em seu desfavor, o qual reconheceu como sendo o adolescente O.A.V. Não conseguiu identificar o outro agente. Confirmou a subtração do veículo GM/Gol, jogo de tapetes avaliados em torno de R\$ 600,00 (seiscentos reais), a carteira de seu marido com os documentos pessoais dele e a quantia em espécie de R\$ 500,00 (quinhentos reais) (fls.16, 63-64 e 210).

A policial militar **Eliabete Bottega**, no inquérito e em juízo (fls. 7 e 210), disse que atendeu a ocorrência do roubo e que, no dia dos fatos, após a descrição dos envolvidos pelas vítimas, realizaram diligências na região. Por volta das 14h, recebeu informação de que havia um veículo abandonado na Rua Laudo Muller e que 3 (três) indivíduos eram os responsáveis por abandoná-lo. Ao chegar no local, em contato com a testemunha que repassou as informações, ela disse que as características descritas pelas vítimas eram semelhantes à dos 3 (três) indivíduos que saíram do veículo. Um deles aparentava ser menor de idade e estava portando uma arma de fogo, o qual ameaçou a testemunha. Em buscas realizadas na região, logrou êxito em aprender O.A.V. Disse que ele foi reconhecido pela vítima Silvonei e pela testemunha Davi como sendo o autor do roubo e da ameaça. No interior do veículo apreenderam 2 (dois) projéteis deflagrados e um intacto, todos de calibre .32.

A testemunha **Davi Jardim da Rosa** (fls. 10 e 210), nas duas fases da persecução penal, manteve a versão de que, no dia dos fatos, presenciou o momento em que um veículo VW/Gol em alta velocidade foi abandonado no Loteamento Vento Minuano por 3 (três) indivíduos morenos: “*um usava moletom azul, boné amarelo e calção de tactel, mais encorpado, outro de moletom vermelho, calção jeans e o terceiro usava camiseta bege*”, esses últimos mais magros. Disse que se aproximou e que, nesse momento, o indivíduo de boné amarelo ameaçou-lhe com arma de fogo em punho.

Como se vê, as vítimas narraram, de forma uníssona e coerente, o *modus operandi* dos agentes: 2 (dois) indivíduos adentraram a residência, um deles com arma em punho, anunciaram o assalto e subtraíram uma carteira, com quantia em dinheiro e documentos, jogo de tapetes, além de chaves do carro, o qual foi utilizado para empreender fuga do local, ocasião em que o indivíduo que estava no carona efetuou disparos de arma de fogo em sua direção, os quais somente não lhes atingiram por circunstâncias alheias a vontade deles.

O responsável pelos disparos de arma de fogo foi reconhecido pela vítima Sivonei (fl. 18) e pela testemunha que presenciou o momento em que ele e seus comparsas abandonaram o veículo subtraído, ocasião em que O.A.V., na posse de arma de fogo, ameaçou-o. Quanto à autoria do crime de roubo imputada ao apelado, a versão do adolescente no sentido de que o praticou sozinho e a negativa de autoria sustentada do apelado não merecem prosperar.

As vítimas foram uníssonas em confirmar a pluralidade de agentes envolvidos no assalto. Victor, em todas as oportunidades em que foi ouvido, manteve a versão de que o apelado foi o responsável por lhe abordar e anunciar o assalto, com a arma de fogo em punho. Inclusive, a testemunha Davi confirmou que um dos indivíduos que abandonou o veículo tinha as mesmas características de um dos indivíduos descritos pela vítima como sendo o apelado.

Aliás, a ausência de reconhecimento pessoal do apelado por Sivonei é justificada pela dinâmica do fatos, já que ele foi quem abordou Victor na garagem e anunciou o assalto.

Ressalte-se, no ponto, que as declarações das vítimas se revestem de especial relevância em crimes praticados na clandestinidade. Ademais, não se olvida que as provas colhidas no inquérito policial – ressalvadas as cautelares, não repetíveis e antecipadas - não possam justificar, por si só, o proferimento de um édito condenatório. No entanto, a jurisprudência é uníssona em admitir a sua utilização, quando corroboradas por outros elementos de prova.

Aliás, no caso, a ausência de detalhes nas declarações das vítimas colhidas em juízo é justificável e decorre do transcurso de, pelo menos, 3 (três) anos entre a data dos fatos e a da audiência (fl. 210), circunstância que deve ser levada em consideração pelo Magistrado ao valorar as provas colhidas em juízo. O ofendido, inclusive, em todas as vezes que foi ouvido, disse ter reconhecido o apelado pela bochecha e boca torta, o que condiz com as suas características.

Desse modo, as palavras das vítimas, firmes e coerentes nas duas fases, corroboradas pelo reconhecimento pessoal de Lucas Morandi por Víctor, são suficientes a reconhecê-lo como um dos autores do crime de roubo perpetrado em seu desfavor. Nesse sentido, colhe-se deste Tribunal de Justiça:

1) Apelação Criminal 0010501-26.2018.8.24.0038, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. em 22.10.2018:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES (ART. 157, “CAPUT”, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FURTO, ANTE A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO ACOLHIMENTO. **DECLARAÇÕES DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES, QUE SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS DELITOS PATRIMONIAIS PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE.** CONDENAÇÃO MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP). POSIÇÃO ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não obstante tenham sido realizados unicamente pelo adolescente, os disparos proferidos em desfavor de Sivanei eram previsíveis e constituíram mero desdobramento causal dos fatos, razão por que o resultado morte pretendido por O.A.V. (CP, art. 157, § 3º, segunda parte) comunica-se a todos os agentes envolvidos, inclusive ao apelado.

Nesse sentido, colhe-se de minha relatoria:

1) Apelação Criminal 0001670-15.2016.8.24.0052, Terceira Câmara Criminal, j. em 12.9.2017:

APELAÇÕES CRIMINAIS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (CP, ART. 288), ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (CP, ART. 157, § § 2º, I e II), LATROCÍNIO TENTADO (CP, ART. 157, § 3º, PARTE FINAL), SEQUESTRO (CP, ART. 148) E PORTE DE ARMA DE FOGO (LEI 10.826/03, ART. 14), TODOS EM CONCURSO MATERIAL (CP, ART. 69). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSOS DEFENSIVOS. APELANTE E. A. S. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE DO DELITO PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP NÃO IMPUGNADA EM SEDE RECURSAL. INSURGÊNCIA QUANTO À AUTORIA DELITIVA, AO ARGUMENTO DE QUE O RECONHECIMENTO DA

VÍTIMA, NA FASE INDICIÁRIA, NÃO FOI REALIZADO EM OBSERVÂNCIA ÀS DIRETRIZES DO ART. 226 DO CPP. IRRELEVÂNCIA. ELEMENTO QUE PODE SER CONSIDERADO NA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. ELEMENTOS DE AUTORIA QUE EMERGEM, ADEMAIS, DOS RELATOS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA CORROBORADOS PELOS DEPOIMENTOS DOS AGENTES POLICIAIS PRESTADOS NA FASE INDICIÁRIA E RENOVADOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. APELANTE J. V. S. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. INSURGÊNCIA QUANTO À AUTORIA DELITIVA DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP E ART. 14 DA LEI 10.826/03. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO FARTO EM RELAÇÃO AO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PROVA ORAL UNÍSSONA NO SENTIDO DE QUE J.V.S., CONJUNTAMENTE COM OS DEMAIS APELANTES, UM DIA ANTES DOS FATOS, ENCONTRAVA-SE NO PORTE DE ARMA DE FOGO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INVIABILIDADE. APELANTE QUE NÃO SÓ DIRIGIU O VEÍCULO ATÉ O LOCAL DO DELITO, COMO TAMBÉM AGUARDOU A EXECUÇÃO PARA POSTERIOR FUGA QUE SÓ NÃO FOI NECESSÁRIA PORQUE OS DEMAIS AGENTES SE APROPRIARAM DO VEÍCULO DA VÍTIMA E SE VALERAM DESTA PARA EMPREENDER FUGA DO LOCAL. APELANTES E. A. S. E C. P. R. **CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO (CP, ART. 157, § 2º, I E II C/C ART. 14, II). PEDIDOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INVIABILIDADE. CRIME COMPLEXO. SUBTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO E DISPAROS DE ARMA DE FOGO EM DESFAVOR DOS POLICIAIS MILITARES, QUE SÓ NÃO OS ATINGIRAM POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. DISPAROS QUE, NÃO OBSTANTE TEREM SIDO REALIZADOS UNICAMENTE POR UM DOS AGENTES, ERAM PREVISÍVEIS E CONSTITUÍRAM DESDOBRAMENTO DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR QUE SE COMUNICA ENTRE OS ENVOLVIDOS (CP, ART. 30). PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. APELANTES, ADEMAIS, QUE SE ENCONTRAVAM NO PORTE DE ARTEFATO BÉLICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO PORTE DE ARMA DE FOGO (LEI 10.826/03, ART. 14) COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. PRÁTICA DOS DELITOS EM CONTEXTOS TEMPORAIS E FÁTICOS DIVERSOS. APELANTES QUE, UM DIA ANTES DA APROPRIAÇÃO DOS BENS MÓVEIS DA VÍTIMA SE ENCONTRAVAM NO PORTE DOS ARTEFATOS BÉLICOS. [...]. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.**

Por fim, a morte das vítimas só não ocorreu ante a má pontaria do adolescente e porque elas lograram êxito em se esconder no interior da residência, atraindo, assim, a causa de diminuição de pena da tentativa (CP, art. 14, II). No tocante, colhe-se desta Câmara:

1) Apelação 0012785-27.2015.8.24.0033, rel. Des. Rui Fortes, j. em 13.9.2016:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO EM FAVOR DO RÉU MARCELO ANTONIO RUSSI. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. MATERIALIDADE DO DELITO E AUTORIAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS, ALIADAS ÀS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE, EVIDENCIANDO A PARTICIPAÇÃO DO APELANTE MARCELO NA EMPREITADA CRIMINOSA. VERSÃO APRESENTADA PELO RECORRENTE MARCELO ANTONIO E DEMAIS CORRÉUS CONFESSOS, ISOLADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO. ÉDITO CONDENATÓRIO PRESERVADO. POSTULADA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO PARA O DELITO DE ROUBO TENTADO. INVIABILIDADE. SUBSTRATO PROBATÓRIO APTO A CONFIRMAR QUE FORAM EFETUADOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO NA DIREÇÃO DAS

VÍTIMAS. INTENTO HOMICIDA INEXITOSO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS AGENTES. ANIMUS NECANDI DEVIDAMENTE COMPROVADO. RECURSO DESPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP), ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. MUDANÇA DO TÍTULO DA PRISÃO. PROVIDÊNCIA DETERMINADA DE OFÍCIO.

Logo, a materialidade e autoria do crime previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, encontram-se amplamente comprovadas, razão por que a condenação de Lucas Morandi é de rigor.

Quanto ao pedido de condenação de Lucas Morandi pela prática do crime de corrupção de menores (Lei 8.069/1990, art. 244-B), razão também assiste ao Ministério Público.

Não há dúvidas de que o apelado praticou o crime previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal, na companhia do adolescente O.A.V., cuja participação é incontestada e inclusive foi confessada por ele em juízo, embora tenha negado o envolvimento de outros indivíduos.

Ressalte-se que o crime previsto no art. 244-B da Lei 8.069/1990 é formal e prescinde de provas da efetiva corrupção do menor envolvido, conforme já sedimentado pelo verbete 500 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, colhe-se desta Câmara:

1) Apelação Criminal 002001-04.2017.8.24.0006, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 25.9.2018:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI 8.069/1990). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO JUDICIAL AMPARADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE TRANSPORTADO 20G (VINTE GRAMAS) DE CRACK E 19,9G (DEZENOVE GRAMAS E NOVECENTOS DECIGRAMAS) DE COCAÍNA. CONFISSÃO CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DOS AGENTES ESTATAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONHECIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JÁ APLICADA PELO JUÍZO A QUO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL, NO PONTO. BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS INVIÁVEL. ACUSADO REINCENTE, CONTANDO COM DUAS CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. REDUTORA IMPOSSÍVEL, NA ESPÉCIE. **CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR NÃO COMPROVAÇÃO DA QUEBRA DA RESISTÊNCIA DA ADOLESCENTE. NÃO ACOLHIMENTO. CONFISSÃO E DEPOIMENTOS QUE DEMONSTRAM A PARTICIPAÇÃO DA MENOR T. NO TRANSPORTE DA DROGA. EVENTUAL PROVA DA CORRUPÇÃO DA JOVEM DESNECESSÁRIA. DELITO DE NATUREZA FORMAL. EXIGIBILIDADE DO MERO COMETIMENTO DO CRIME EM FORMA ASSOCIADA. PRECEDENTES. MANTIDO O RECONHECIMENTO DA CONDUTA. AFASTADA, NO ENTANTO, A CONDENAÇÃO PELO RESPECTIVO CRIME, PARA APLICAR A MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS, POR MIGRAÇÃO, PORQUANTO ESPECIAL EM RELAÇÃO ÀQUELE. PRECEDENTES. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE VERBA DE ACORDO COM A TABELA DA OAB/SC.**

DEFENSOR NOMEADO PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DE APELAÇÃO. HONORÁRIOS DEVIDOS. ATO OCORRIDO APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 104 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997 PELO STF, EM CONTROLE CONCENTRADO. CARÁTER MERAMENTE ORIENTADOR DA LEI N. 8.906/1994. DELIBERAÇÃO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. ALÉM DO MAIS, DIRETRIZES QUE CONDIZEM COM A CONTRATAÇÃO PARTICULAR, O QUE NÃO É O CASO DE DEFENSOR DATIVO. VALOR FIXADO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 85, §1º, DO NCPC, APLICADO ANALOGICAMENTE, COM FULCRO NO ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO NO PONTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. DETERMINAÇÃO EM OBSERVÂNCIA À RECENTE ORIENTAÇÃO DO STF (HC N. 126292/SP), RATIFICADA NO JULGAMENTO DO DIA 05/10/2016 PELO PLENÁRIO DA MESMA CORTE, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, JULGANDO O MÉRITO DO ARE 964246, REPRESENTATIVO DO TEMA 925. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE

2) **Apelação Criminal 001080-65.2015.8.24.0119, de minha relatoria, j. Em 18.9.2018:**

APELAÇÕES CRIMINAIS. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES E CORRUPÇÃO DE MENOR. ARTIGOS 157, §2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL E 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSOS DEFENSIVOS. PLEITO EM COMUM. ABSOLVIÇÃO POR ANEMIA PROBATÓRIA. TESE AFASTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS COMPROVADAS. DECLARAÇÕES FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL, AS QUAIS SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CRIMES PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE. OFENDIDO QUE RECONHECEU O ADOLESCENTE E UM DOS APELANTES, BEM COMO INDICOU A EXISTÊNCIA DE OUTROS DOIS AGENTES E AS CARACTERÍSTICAS DO VEÍCULO ONDE TODOS FORAM ABORDADOS LOGO APÓS A PRÁTICA CRIMINOSA. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO NAS ADJACÊNCIAS DO LOCAL DO FLAGRANTE, DE CALIBRE IDÊNTICO AO DAS MUNIÇÕES QUE ESTAVAM NA POSSE DO MENOR. **ART. 244-B DO ECA. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA IDADE DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DEFENSIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RELAÇÃO DE AMIZADE ENTRE OS ENVOLVIDOS. DELITO DE NATUREZA FORMAL PRESCINDIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA PREDISPOSIÇÃO CORRUPTIVA DO ADOLESCENTE. SÚMULA 500 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÕES MANTIDAS.**

“A mera alegação de desconhecimento da idade do adolescente, desacompanhada de qualquer lastro probatório, é insuficiente para decretar a absolvição. O fato de o acusado ser vizinho e amigo do adolescente envolvido no crime dá conta de que tem ciência da sua menoridade.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0002410-17.2016.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 07-08-2018).

[...]. RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DE D.L.C.P E C.N. E PARCIALMENTE PROVIDO O DE J.C.B.

Logo, a condenação de Lucas Morandi, como incurso nas sanções do art. 244-B da Lei 8.069/1990 também é rigor.

Procede-se às dosimetrias das penas.

Latrocínio tentado (CP, art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II)

Na primeira etapa, relativamente à análise das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), não há elementos para modificar a pena em virtude da culpabilidade. Não há antecedentes criminais (fls.43-52). A personalidade e a conduta social não são aferíveis. Os motivos são normais em relação à espécie de crime. As circunstâncias, no entanto, devem ser valoradas negativamente.

Como visto, a conduta criminosa foi praticada mediante o emprego de arma de fogo e concurso de agentes, com planejamento e individualização das tarefas entre eles, o que inviabilizou a possibilidade de resistência das vítimas e demonstra a maior gravidade do crime praticado. Logo, aumenta-se a pena-base em 1/3 (um terço), resultando em 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes (CP, art. 61). Configurada a atenuante da menoridade relativa (CP, art. 65, I), já que Lucas contava com 20 (vinte) anos à época dos fatos. Desse modo, diminui-se a reprimenda corporal em 1/6 (um sexto), resultando em 22 (vinte e dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. A pena de multa permanece irretorquível nessa etapa.

Na última fase, presente a causa de diminuição da pena da tentativa (CP, art. 14, II). No ponto, o *iter criminis* foi interrompido muito próximo à consumação do crime, já que o apelado e seus comparsas lograram êxito em subtrair os bens das vítimas e, ao empreenderem fuga do local, proferiram disparos de arma de fogo em desfavor delas, os quais só não lhes atingiram por má pontaria e porque elas conseguiram se esconder no interior da residência.

Assim, diminui-se a pena em 1/3, resultando em 14 (quatorze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a qual se torna definitiva.

Corrupção de menores (Lei .8069/1990, art. 244-B)

Na primeira fase, relativamente à análise das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), não há elementos para modificar a pena em virtude da culpabilidade. Não há antecedentes criminais (fls.43-52). A personalidade e a conduta social não são aferíveis. Os motivos e circunstâncias são normais em relação à espécie de crime. Logo, fixa-se a pena-base no mínimo legal, resultando em em 1 (um) ano de reclusão.

Na fase intermediária, não há agravantes (CP, art. 61). Configurada a atenuante da menoridade (CP, art. 65, I). No entanto, deixa-se de aplicá-la, nos termos do verbete 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Na última fase, não há causas de aumento ou de diminuição, razão por que a pena de 1 (um) ano de reclusão torna-se definitiva.

Concurso Formal (CP, art. 70)

Como visto, os crimes foram praticados mediante uma só ação, o que atrairia, em tese, o concurso formal de crimes, com a aplicação da pena mais grave acrescida de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade). No entanto, deixa-se de aplicá-lo, porquanto o cúmulo material das penas é mais benéfico para o

apelante (CP, art. 70, parágrafo único), resultando em 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ante o *quantum* da pena aplicada, fixa-se o regime fechado para início de seu cumprimento (CP, art. 33, § 2º, “a”) e, inexistindo maiores informações acerca das condições financeiras de Lucas, o valor da multa em seu mínimo valor legal. No mais, o emprego de grave ameaça e a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, por si sós, inviabilizam a sua substituição por restritivas de direitos (CP, art. 44, I) e a concessão do “*sursis*” (CP, art. 77, *caput*). Outrossim, inaplicável o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, já que o apelado não permaneceu segregado preventivamente.

Execução Provisória da Pena

Ao final, realizada a condenação diretamente por esta Corte de Justiça, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP e devido às razões contidas no voto vencedor deste Relator nos autos 516-81.2010.8.24.0048, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, determina-se a expedição de mandado de prisão em desfavor de Lucas Morandi, a fim de que inicie a execução provisória da pena, medida esta que deverá ser tomada pelo Juiz de primeiro grau após o esgotamento da competência desta Corte.

À vista do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar Lucas Morandi, como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal e art. 244-B da Lei 8.069/1990, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual na quantia equivalente ao mínimo legal, determinando-se, ao final, a execução provisória da pena, assim que esgotada a competência desta Corte.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0036261-61.2014.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

RECURSO DE APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PRETENSA PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADOLESCENTE APREENDIDO COM 6,2G DE COCAÍNA, 30,4G DE MACONHA, 1,9G DE CRACK, DINHEIRO E UM *TABLET*, EM LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE VENDA DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÃO DO ADOLESCENTE ALIADA ÀS PALAVRAS DO POLICIAL MILITAR. CONTEXTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A NARCOTRAFICÂNCIA. SENTENÇA REFORMADA.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. PLEITO DO APELANTE DE IMPOSIÇÃO DA SEMILIBERDADE ACOLHIDO. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA QUE SE MANIFESTA PELA INTERNAÇÃO. INVIABILIDADE. REQUISITOS QUE, EMBORA PREENCHIDOS, EXTRAPOLAM O PEDIDO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0036261-61.2014.8.24.0023, da comarca da Capital – Eduardo Luz Vara da Infância e da Juventude em que é Apelante(s) M. P. do E. de S. C. e Apelado(s) T. M. dos P.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-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 Zanini Fornerolli. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 8 de novembro de 2018.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Relator

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o órgão do Ministério Público ofereceu representação em face de T. M. dos P., imputando-lhe a prática do ato infracional análogo ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, c/c o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, segundo consta na inicial:

No dia 30 de setembro de 2014, por volta das 11h45min, na Servidão Fortunato José Albino, Bairro Tapera, nesta cidade e comarca, o representado T. M. dos P. trazia consigo, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para posterior venda e/ou oferecimento a terceiros, 6,2g (seis gramas e dois decigramas) da substância entorpecente conhecida como “cocaína”; 30,4g (trinta gramas e quatro decigramas) da substância entorpecente conhecida como “maconha”; e 1,9g (um grama e nove decigramas) da substância entorpecente conhecida como “crack”; substâncias tóxicas capazes de causar dependência física e psíquica, de uso proscrito em todo o território nacional, por força da Portaria n. 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 19/2008, conforme Termo de Apreensão da fl. 05.

Na mesma ocasião, também restou apreendido com o representado, 01 (um) tablet e 01 (um) isqueiro com sinalizador *laser*, além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) em espécie; dinheiro proveniente da mercancia da droga (fls. 14-15).

Finalizada a instrução, a Magistrada *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na representação, com fulcro no art. 386, VII, do CPP (fls. 73-79).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o Ministério Público interpôs apelação, mediante a qual postulou a reforma da sentença, para que seja julgada procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de semiliberdade (fls. 84-90).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 93-96), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Paulo Antônio Gunther, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do reclamo, a fim de ser julgada procedente a representação, aplicando-se ao menor infrator a medida socioeducativa de internação (fls. 115-122).

VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conhece-se do recurso.

1 O Ministério Público alega que a sentença merece ser reformada porque a prova dos autos é suficiente a demonstrar a prática do ato infracional atribuído ao adolescente.

A materialidade está devidamente comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 2-3), do termo de apreensão (fl. 5), do laudo pericial (fls. 26-28), bem como pelos demais elementos coligidos ao longo da instrução processual.

A autoria, da mesma forma, foi demonstrada no curso da instrução.

O apelante, na audiência de apresentação, confessou a prática do ato infracional que lhe foi imputado:

[...] Que foi pego com drogas, com maconha e cocaína; Que tinha 3 petecas de maconha e 19 de cocaína; Que tinha também um tablet, um isqueiro e R\$ 20,00; Que comprou para revender e ganhar dinheiro, mas que não traficava; Que tentou correr da polícia e foi alcançado; Que estava no local para vender drogas; [...] Que não está estudando, nem trabalhando; Que parou no 8º ano; Que é usuário de maconha e cigarro; [...] (fl. 16).

A genitora do adolescente, que o acompanhava na referida audiência, ao ser inquirida pelo Promotor de Justiça acerca do comportamento de T., respondeu que é “*péssimo, que as companhias não são boas e não tem mais controle sobre ele*” (fl. 16).

Em Juízo (depoimento audiovisual – fl. 30), o apelado disse que apenas a maconha era sua (1'03'') e estava ali para vendê-la (1'21'').

Por sua vez, o policial militar Sérgio Luiz Fernandes da Cunha, que efetuou a apreensão do menor, declarou, na etapa inicial:

[...] que estava de serviço quando, em incursão no local descrito acima, o qual é conhecido ponto de tráfico de drogas, avistou o adolescente ora qualificado, este em atitudes suspeitas, que o adolescente empreendeu fuga, que ao ser alcançado o mesmo foi abordado e em revista pessoal foi encontrado com o adolescente certa quantia de maconha, cocaína, crack, R\$ 20,00 em dinheiro, um isqueiro com sinalizador *laser* e um *tablet* de cor predominante rosa; que o adolescente afirmou aos policiais que estava no local para vender drogas [...] (fl. 2).

Sob o crivo do contraditório (depoimento audiovisual – fl. 46), embora o miliciano não tivesse se recordado de detalhes dos fatos (1'12''), destacou que o envolvimento do menor com o tráfico de drogas é recorrente, pois já o abordou outras vezes (1'36''), esclarecendo que ele está sempre naquele local, conhecido ponto de tráfico (1'43''), ao lado de uma lixeira, perto de um ferro-velho (2'20'').

Nesse contexto, verifica-se que a confissão judicial possui clara correspondência com todos os demais elementos presentes no feito – apreensão de variedade de drogas na posse do menor, em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes e declarações do policial militar –, de maneira que não há que se falar em meros indícios, e sim em provas contundentes acerca da prática da mercancia ilícita pelo adolescente.

A propósito:

APELAÇÃO/ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*). PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO DO REPRESENTADO. 1. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA (CPP, ART. 244). 2. PROVA DA AUTORIA. APREENSÃO DO ADOLESCENTE EM FLAGRANTE. CONFISSÃO JUDICIAL. DEPOIMENTO DO POLICIAL MILITAR QUE ABORDOU O REPRESENTADO.

1. Esclarecidos e comprovados os motivos reveladores da fundada suspeita, não há nulidade na busca pessoal promovida pelos policiais militares, a qual foi confirmada pela apreensão de droga e dinheiro de origem ilícita em poder do agente.

2. A apreensão de droga e dinheiro oriundo da venda de entorpecentes, a confissão judicial do adolescente e o depoimento de policial militar confirmando o fato, formam conjunto seguro da ocorrência de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas e dão suporte à procedência da representação.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0005493-86.2014.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. em 16/10/2018).

Oportuno mencionar, ainda, 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. em 28/4/2015).

Logo, tendo em vista que o contexto probatório não deixa dúvidas acerca da prática do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, acolhe-se o pleito de procedência da representação.

2 O apelante pugnou, ainda, pela fixação da medida socioeducativa de semiliberdade (fls. 87-90), enquanto o d. Procurador de Justiça manifestou-se pela internação (fls. 119-122).

Acerca da imposição da medida socioeducativa de internação, dispõe o art. 122 do ECA:

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Na espécie, verifica-se que o adolescente registra envolvimento em inúmeros atos infracionais: 0014949-63.2013.8.24.0023, por furto, sendo-lhe concedida remissão c/c matrícula e frequência escolar; 0007135-63.2014.8.24.0023, relacionado a trânsito, beneficiado com remissão c/c prestação de serviços à comunidade; 0032645-78.2014.8.24.0023, por tráfico de drogas, no qual foi homologada a remissão c/c advertência; 0038977-61.2014.8.24.0023, por tráfico de drogas, sendo-lhe impingida medida de liberdade assistida; 0038957-70.2014.8.24.0023, por tráfico de drogas e posse irregular de munição de uso permitido, sendo-lhe aplicada medida de liberdade assistida; 0000588-70.2015.8.24.0023, por tráfico de drogas, sendo-lhe concedida remissão c/c liberdade assistida; 0013682-85.2015.8.24.0023, por tráfico de drogas, sendo-lhe concedida remissão c/c liberdade assistida; 0038714-92.201.8.24.0023, por tráfico de drogas, ainda em andamento (fls. 48-50).

Verifica-se, então, que o apelado se dedica à prática de condutas contrárias à lei e à ordem. Tal comportamento, sem dúvida, demonstra que o jovem está familiarizado com a seara infracional, circunstância que, aliada à situação pessoal precária do menor infrator (fl. 16), indica que a medida mais adequada seria a de internação, prevista no art. 112, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, a decisão deve se limitar ao pedido efetuado pelo Ministério Público, sob pena de *reformatio in pejus*.

Em caso similar, esta Corte de Justiça já decidiu:

APELAÇÃO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, II, C/C ECA, ART. 103) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - LIBERDADE ASSISTIDA - PEDIDO DE MODIFICAÇÃO PARA A DE SEMILIBERDADE - ACOLHIMENTO - GRAVE AMEAÇA DEMONSTRADA (ECA, ART. 122, I) - REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS - CASO QUE ENSEJA A IMPOSIÇÃO DE INTERNAÇÃO - LIMITAÇÃO AO PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS.

“Considerando que o ato infracional foi praticado mediante grave ameaça, a internação mostra-se não só proporcional ao ato infracional praticado, mas, também, imperiosa à reintegração plena do menor à sociedade, que é a finalidade precípua do Estatuto da Criança e do Adolescente” (STF, Min. Ellen Gracie).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0020005-43.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. em 11/10/2016 – grifou-se).

Assim, dá-se provimento ao recurso para aplicar a medida socioeducativa de semiliberdade, com prazo máximo de 3 (três) anos e reavaliação a cada 6 (seis) meses, nos moldes dos arts. 120, § 2º, e 121, § 2º, ambos da Lei 8.069/90.

3 Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Apelação Criminal n. 0900120-77.2018.8.24.0055, de Rio Negrinho

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

APELAÇÃO. REPRESENTAÇÃO POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR (ART. 249 DA LEI N. 8.069/90). INFREQUÊNCIA ESCOLAR. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE NO CASO. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A DEMONSTRAR A NEGLIGÊNCIA DOS REPRESENTADOS QUANTO À FREQUÊNCIA ESCOLAR DE SEU FILHO. TESE DEFENSIVA RECHAÇADA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA APLICADA. SANÇÃO FIXADA EM 3 (TRÊS) SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRÁ-LA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INDEFERIMENTO. PARCELAMENTO DA MULTA. PEDIDO AFETO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS PELA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. POSSIBILIDADE. CAUSÍDICA QUE APRESENTOU RAZÕES DE APELAÇÃO. VERBA DEVIDA E FIXADA EM ATENÇÃO AO ATO N. 033/2018 DA DEFENSORIA PÚBLICA.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0900120-77.2018.8.24.0055, da comarca de Rio Negrinho 1ª Vara em que é Apelante J. G. B. e Apelado M. P. do E. de S. C.:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, tão somente para fixar honorários à defensora nomeada pela apresentação das razões do recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de dezembro de 2018, teve a participação dos Exmos. Srs. Des. José Everaldo Silva e Des. Zanini Fornerolli. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2018.

Alexandre d'Ivanenko
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Rio Negrinho (1ª Vara), o Ministério Público representou M. M. S. B e J. G. B, pela prática da infração administrativa descrita no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente (p. 1-5).

Oferecida defesa (pp. 40-45), o sentenciante, decidindo antecipadamente a lide, julgou procedente a representação para condenar os representados ao pagamento de 3 (três) salários mínimos, de forma solidária no âmbito do núcleo familiar, por infração ao art. 249 da Lei n. 8.069/90 (pp. 55-58).

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, J.G.B apelou de próprio punho (p. 64). Nas razões, pleiteia a improcedência da representação, ao argumento de que sempre zelou pela educação de seu filho. Ocorre que o adolescente mudou de escola e não se adaptou, apresentando dificuldades em acompanhar às matérias. Destaca, ainda, que o adolescente está prestes a completar 18 (dezoito) anos e já retornou aos estudos, porém, não consegue fiscalizar seu comportamento 100% do tempo, argumentando, que inclusive o acompanha até o ponto de ônibus, o que comprova o interesse na educação do filho. Desta feita, não há como identificar nos autos conduta dolosa ou culposa por parte do representado. Subsidiariamente, pretende a redução da multa para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, ou, ainda, o parcelamento em 20 (vinte) vezes de R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais para que possa adimplir o valor da condenação. Por fim, pretende a fixação dos honorários advocatícios à defensora nomeada (pp. 74-80).

Contra-arrazoado o recurso (pp. 87-92) e mantida a decisão por seus fundamentos (pp. 93-94), os autos ascenderam a esta Corte, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, tão somente para arbitrar honorários advocatícios à defensora nomeada (pp. 101-106).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido.

Cuida-se de apelação interposta pelo representado J.G.B. contra sentença que o condenou ao pagamento de 3 (três) salários mínimo pela prática da infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. Do pedido de improcedência da representação

Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público contra o apelante pela prática da infração administrativa de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar em relação ao seu filho, nascido em 15.01.2001, em razão da sua infrequência escolar.

Pretende a defesa que a representação seja julgada improcedente, arguindo, para tanto a inexistência de comprovação de culpa ou dolo na conduta do recorrente.

Razão não lhe assiste.

Isso porque a conduta negligente do representado restou devidamente comprovada nos autos.

Diante da infrequência escolar do menor B. B., foi registrado ocorrência no APOIA (pp. 9-10), durante o ano de 2018.

Comunicado o Ministério Público, foi realizada audiência com o adolescente e sua genitora, oportunidade em que B. B. Disse “que não está estudando; Que não trabalha formalmente; Que parou de estudar no 1º ano do Ensino Médio; Que este ano não estudou; Que vai efetuar a matrícula na Escola Marta Tavares” (p. 15).

É bem verdade que a representada se comprometeu em dar continuidade nos estudos de seu filho. No entanto, a desídia com a educação do menor restou mais uma vez evidenciada, na medida em que a representada deixou de efetuar a matrícula escolar de seu filho, conforme consta do Ofício de p. 23, tanto que acabou sendo ofertada a presente Representação em 29 de maio de 2018 (p. 5).

Ao receber a citação o apelante apresentou o atestado de matrícula do filho na unidade escolar EEM Manuel da Nobrega, porém já reprovado por frequência (pp. 35-36). Ademais, não apresentou nenhum comprovante de matrícula na escola em que afirmou no Termo de Orientação de Adolescente que iria matriculá-lo (p. 15), o que se comprova pelo ofício encaminhado pela Diretora da Escola, a qual comunica que o adolescente não se encontra matriculado na referida instituição de ensino (p. 22). E, também, não retomou os estudos na escola Manuel da Nobrega, conforme informação de p. 23.

É bom salientar que no referido termo sua genitora declarou que “não interfere na decisão do filho em retornar ou não aos estudos” (p. 15), entretanto, não se pode admitir que os pais se conformem com tal vontade deste em não estudar.

Ademais, com bem pontuou o órgão do Ministério Público:

[...]

O apelante agiu de forma totalmente negligente com a vida educacional de seu filho, visto que foi devidamente advertido e, mesmo assim, não reverteu a situação. Dessa forma, pode-se, sim, atribuir ao responsável legal a responsabilidade pela infrequência escolar de B. B.

Sabe-se, que além de matricular o filho na escola, os genitores têm o dever legal de acompanhar sua frequência, bem como seu aproveitamento escolar, ou seja, o mero colocar na escola não elide a obrigação dos responsáveis, reclamando a lei atuação no sentido de garantir a permanência e, ainda, de observar e participar da evolução escolar da criança ou adolescente, fazendo a avaliação de seus progressos individuais e estimulando para que o aprendizado escolar seja proveitoso (p. 91)

Sendo assim, não restam dúvidas de que os genitores, por negligência, descumpriram o disposto no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Do pedido de redução da pena de multa e seu parcelamento.

Arguindo a hipossuficiência financeira dos representados, pleiteia a defesa que seja reduzida a multa para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, ou, ainda, o parcelamento em 20 (vinte) vezes de R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais para que possa adimplir o valor da condenação.

Entretanto, tem-se que impossível o acolhimento do pedido, porquanto já fixado no mínimo legal previsto no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se podendo estabelecê-la abaixo do mínimo legal.

Extrai-se precedente desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR (ART. 249 DA LEI N. 8.069/90). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO EM RELAÇÃO À GENITORA E DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO AO GENITOR,

EM DECORRÊNCIA DE SEU FALECIMENTO (ART. 485, IX, DO CPC). RECURSO DA DEFESA [...] MÉRITO. POSTULADA A IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. GENITORA QUE AGIU DE FORMA NEGLIGENTE COM A EDUCAÇÃO DA FILHA. EVASÃO ESCOLAR CONFIGURADA. PROGRAMA APOIA. APELANTE QUE FOI DESIDIOSA COM SEU DEVER DE EDUCAÇÃO E ZELAR PELA FREQUÊNCIA ESCOLAR DA FILHA ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE MEDIDAS EFETIVAS PARA GARANTIR A EDUCAÇÃO À FILHA. CULPA EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. POSTULADO O AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA OU SUA APLICAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SANCIONAMENTO FIXADO EM PATAMAR MÍNIMO. PRECEDENTES. REQUERIDA A APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS PROTETIVAS EM SUBSTITUIÇÃO À PENA DE MULTA. INVIABILIDADE. SANÇÃO LEGALMENTE ESTABELECIDADA. PRECEDENTE. PLEITO LIMINAR DE SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE MULTA PREJUDICADA. “Havendo previsão legal de imposição de multa para aquele que descumprir os deveres inerentes ao poder familiar e amoldando-se os fatos à norma legal, imperativa a fixação da sanção definida como forma de reprimir e evitar a reiteração das mesmas condutas ilícitas por parte dos genitores” (TJSC, Apelação Cível n. 0900628-92.2017.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 26-04-2018). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, AFASTADA A PRELIMINAR E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0902691-36.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 19-6-2018).

E, por fim, no tocante ao parcelamento do valor, trata-se de matéria afeta ao juízo da execução, razão pela qual não se deve conhecer do pedido no ponto.

3. Fixação de honorários.

No que diz respeito ao pedido de fixação de honorários, formulado por ocasião da apresentação das razões recursais, tenho que razão assiste à causídica. Isso porque, diante da impossibilidade de pleno atendimento dos hipossuficientes pela Defensoria Pública Estadual em todas as comarcas, a remuneração dos defensores dativos deve ocorrer equitativamente, observados o art. 85, § 2.º, do Código de Processo Civil/2015 c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal e o Ato n. 033, de outubro de 2018, da Defensoria Pública que fixa o montante de R\$ 1.251,60 (mil duzentos e cinquenta e um reais e sessenta centavos) pela atuação do advogado em todo o curso processual penal.

Assim, considerando que a defensora nomeada à p. 38, Dra. Milena Suiany Gonçalves (OAB/SC 45.817) atuou também nesta instância, apresentando as razões do recurso, fixo os honorários em R\$ 417,20 (quatrocentos e dezessete reais e vinte centavos), conforme determina o Ato 033/2018 da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

4. Conclusão.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento em parte do recurso e seu parcial provimento, tão somente, para fixar honorários à causídica pela apresentação das razões recursais.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0007616-45.2016.8.24.0091, da Capital – Eduardo Luz

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

APELAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II) – SENTENÇA QUE ACOLHEU A REPRESENTAÇÃO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PARA LIBERDADE ASSISTIDA – POSSIBILIDADE – ATO INFRACIONAL PRATICADO EM CONCURSO E COM USO DE VIOLÊNCIA REAL – ATITUDE REPROVÁVEL E QUE EXIGE ESPECIAL ORIENTAÇÃO AOS ADOLESCENTES.

A conduta de adolescentes que, em dupla, e no intuito de se assenhorearem dos bens alheios, atacam pessoa desacompanhada, chegando inclusive a agredi-la fisicamente com um soco, mostra-se deveras grave, de modo que, para melhor aplicar um caráter educativo à medida, o acompanhamento com profissional habilitado mostra-se como a melhor solução ao caso, razão pela qual a liberdade assistida deve ser adotada.

SENTENÇA MODIFICADA – RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0007616-45.2016.8.24.0091, da comarca da Capital – Eduardo Luz Vara da Infância e da Juventude em que é/são Apelante(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado(s) E. B e outro.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso, a fim de determinar a aplicação da medida socioeducativa da liberdade assistida aos adolescentes. 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, 13 de dezembro de 2018.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio da 10ª Promotoria de Justiça da Capital, contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Giuliano Ziembowicz, atuante na Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, que acolheu a representação e impôs aos adolescentes E. B. e R. C. da S. a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo período de 3 (três) meses, por 4 (quatro) horas semanais, em razão da prática de ato infracional análogo ao crime de roubo majorado (art. 157, §2º, II, do Código Penal).

Em suas razões recursais, sustenta a necessidade de reforma da sentença. Para tanto, defende a

necessidade de modificação da medida socioeducativa a ser aplicada aos apelados, devendo ser imposta a liberdade assistida, dada a gravidade da infração, além do perfil e da capacidade dos adolescentes em cumprirem a medida.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pela manutenção da sentença.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, que se manifestou pelo provimento da insurgência.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio da 10ª Promotoria de Justiça da Capital, contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Giuliano Ziembowicz, atuante na Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, que acolheu a representação e impôs aos adolescentes E. B. e R. C. da S. a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo período de 3 (três) meses, por 4 (quatro) horas semanais, em razão da prática de ato infracional análogo ao crime de roubo majorado (art. 157, §2º, II, do Código Penal).

Segundo narra a representação, no dia 1º de dezembro de 2016, na rua dos Golfinhos, município de Florianópolis/SC, E. B. e R. C. da S. abordaram L. M. T. O. e, mediante violência física, consistente em desferir um soco e dar um empurrão na vítima, subtraíram para si um celular marca Samsung, modelo galaxy j5, de propriedade de L..

Recebida a representação, o feito foi regularmente processado e prolatada a sentença ora atacada, sobrevindo o presente recurso, pleiteando, em síntese, em suas razões recursais, a necessidade de reforma do *decisum*. Para tanto, pugna pela modificação da medida socioeducativa a ser aplicada aos apelados, devendo ser imposta a liberdade assistida, dada a gravidade da infração, além do perfil e da capacidade dos adolescentes em cumprirem a medida.

Preliminarmente, ainda que não se trate do objeto direto da presente insurgência, importante destacar que a autoria e a materialidade do ato infracional restaram devidamente demonstradas através do auto de apreensão de fl. 01, boletim de ocorrência de fls. 02-04, termo de exibição e apreensão de fl. 06, termo de reconhecimento e entrega de fl. 11, bem como os depoimentos colhidos em ambas as etapas do feito.

Em relação ao mérito da insurgência – medida socioeducativa a ser aplicada aos adolescentes –, tem-se que razão assiste ao Ministério Público.

Acerca da temática, o art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a medida aplicada ao adolescente infrator levará em conta sua capacidade de cumpri-la, além das circunstâncias e a gravidade da infração.

E, *in casu*, revela-se a gravidade da conduta descrita na representação. Atente-se que os adolescentes praticaram ato infracional em concurso, o que já demonstra uma maior reprovabilidade, já que a presença de ambos automaticamente já traz maiores temores à vítima. Porém, e mais grave do

que isso, tem-se que a subtração se deu mediante o emprego de violência real, consistente em desferir um soco no ombro e outro contra a boca de L. M. T. O., atitude esta das mais reprováveis e que demonstra a necessidade de um maior acompanhamento/orientação aos adolescentes.

Aliás, e conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, deve-se ter em mente que a liberdade assistida é uma das medidas socioeducativas mais abertas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto é que não existem requisitos específicos para sua fixação. Consiste, na verdade, em um acompanhamento da vida do adolescente por um orientador capacitado para tanto, no intuito de, além de guiar o agente, evitar também a reiteração na prática de atos nefastos.

Repise-se, a despeito da inexistência de atos infracionais pretéritos, a conduta praticada pelos adolescentes é deveras grave, de modo que, para melhor aplicar um caráter educativo à medida, o acompanhamento com profissional habilitado mostra-se como a melhor solução ao caso, razão pela qual a liberdade assistida deve ser adotada.

Ante o exposto o voto é pelo provimento do recurso, a fim de determinar a aplicação da medida socioeducativa da liberdade assistida aos adolescentes, pelo prazo mínimo de seis meses.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Mandado de Segurança n. 4023916-41.2018.8.24.0900, de Xaxim

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO PENAL QUE APURA O POSSÍVEL COMETIMENTO DO DELITO PREVISTO NO ART. 339, *CAPUT* C/C ART. 61, INC. II, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INSURGÊNCIA QUANTO AO *DECISUM* QUE INDEFERIU A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO ARQUIVADO EM CARTÓRIO. DECLARAÇÃO FEITA DE PRÓPRIO PUNHO PELA PSICÓLOGA QUE ATENDEU A INFANTE, ENTRETANTO SEM ASSINATURA. NECESSIDADE DE GARANTIR O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ACUSADA QUE TEM O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE ACESSO AO DOCUMENTO DE PROVA OBTIDO POR MEIO LÍCITO. DECLARAÇÃO QUE SE MOSTRA RELEVANTE E PERTINENTE PARA REALIZAÇÃO DA SUA DEFESA. PROVA DOCUMENTAL QUE PODE MODIFICAR A SITUAÇÃO DOS AUTOS DE ORIGEM. NÍTIDO O PREJUÍZO À IMPETRANTE E AO TRÂMITE PROCESSUAL.

MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4023916-41.2018.8.24.0900, da comarca de Xaxim 2ª Vara em que é/são Impetrantes(s) A. O. e Impetrado (s) Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Xaxim.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do *mandamus* e conceder a segurança. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cesar Schweitzer (Presidente) e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Doutor Marcílio de Novaes Costa.

Florianópolis, 22 de novembro de 2018.

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

Relator

RELATÓRIO

A.O. impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Xaxim, ao argumento de ter sido violado direito líquido e certo,

nos autos da ação penal n. 0000863-34.2018.8.24.0081, em que se apura a suposta prática dos crimes previstos no art. 339, caput c/c art. 61, inc. II, alínea “a”, do Código Penal, pela impetrante.

Relatou que a psicóloga Sabrina Bongiovanni, a qual atendeu a filha da impetrante (vítima), elaborou parecer técnico de próprio punho sobre determinado acontecimento, registrando-o em cartório sob o protocolo n. 13706, entretanto, este documento foi declarado incompleto pela falta de assinatura da própria declarante, motivo pelo qual foi negado o pedido de exibição da referida escritura pública declaratória pelo Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos do Município.

Assim, a impetrante formulou pedido de exibição do aludido documento em juízo, o qual foi indeferido (fls. 14-17). Entretanto, aduziu que a declaração é imprescindível para sua defesa na ação penal, tendo em conta que demonstra a mudança de posicionamento da psicóloga sem qualquer fundamento ou razão.

Dessa forma, por entender que ocorreu ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, requereu, em sede liminar, a concessão da segurança, a fim de que seja determinada a exibição do documento e, no mérito, pugnou pela concessão definitiva, de modo que, no caso de não haver o fornecimento de cópia do documento, seja estipulada multa diária por atraso ou até mesmo a busca e apreensão.

Ao final, pleiteou a *benesse* da justiça gratuita, sob o argumento de que não possui condições financeiras para arcar com as despesas judiciais (fls. 1-9).

Intimada para promover a juntada de documentos atualizados, comprobatórios de sua situação financeira (fl. 29), a impetrante colacionou o comprovante salarial de fl. 31.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 33-35, entretanto, deferida a gratuidade judiciária.

A autoridade dita coatora prestou informações (fls. 38-39).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Raul Schaefer Filho, manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 44-46).

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o mandado de segurança merece ser conhecido.

A impetrante pretende a exibição de documento público, arquivado no Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos do Município de Xaxim, o qual refere-se à declaração prestada pela psicóloga Sabrina Bongiovanni, de próprio punho, todavia, sem assinatura da declarante.

Em 25-6-2018, a impetrante, mediante notificação extrajudicial encaminhada ao respectivo cartório (fls. 23-24), declarou o seguinte:

A notificante necessidade de cópia do documento que trata de fato envolvendo sua filha menor, para formação de prova em processo judicial.

A notificante desconhece o motivo pelo qual a declarante após prestar depoimento em Inquérito Policial na cidade de Xanxerê, não compareceu ao tabelionato para assinatura da escritura.

[...]

Estando ciente da existência do documento que foi feito de forma espontânea pela declarante que redigiu a próprio punho o texto que foi transcrito em documento público, a notificante informa este tabelião que independente de estar assinado ou não, ou ainda que venha ser cancelado será requisito por pedido judicial. [...]

Em resposta, o tabelionato assim consignou (fl. 25), *in verbis*:

Fundamento legal da negativa:

Art. 511. A certidão será lavrada em inteiro teor, em resumo ou em relatório, conforme quesitos.

§ 1º Salvo ordem judicial, fica vedada a expedição de certidão de inteiro teor quando houver dados sigilosos.

§ 2º Também dependerá de autorização judicial o fornecimento de certidão baseada em ato incompleto.

O caso em tela não foi assinado pela declarante em tempo oportuno dado pela Corregedoria (art.797, §4º, do CNCGJ/SC), razão pela qual, com amparo no referido artigo, não foi fornecido certidão ao solicitante, por se tratar de ato incompleto.

Ademais, a impetrante requereu judicialmente a exibição do mencionado documento, adotando tais alegações (fls. 14-15):

Ao nosso ver, salvo melhor juízo Excelência a busca da verdade real deve se sobrepor a tal sigilo, até porque os assuntos tratados durante as consultas já foram trazidos ao lume no presente pleito.

Destarte, convém lembrar que o processo em questão é sigiloso tendo acesso apenas as partes, advogados e este Juízo.

Sem mais delongas Nobre Julgadora, a exibição da aludida Declaração Pública não trará prejuízo algum aos direitos da infante, ao revés corroborará com a elucidação da verdade resguardando assim sua segurança física e psíquica.

Em que pese o aludido documento, não tenha sido assinado pela declarante, este foi feito tendo por base uma declaração de próprio punho confeccionada por Sabrina Bongiovani [...].

É notório que o indeferimento de tal pleito se caracteriza cerceamento de defesa, vez que o sigilo profissional trazido ao lume pelo nobre Promotor resguarda as consultas, sendo que o conteúdo destas já foi colacionado aos autos por inúmeros laudos psicológicos.

Por fim Excelência, tal medida se faz necessária a fim de demonstrar a mudança abrupta de posicionamento da psicóloga Sabrina Bongiovani sem qualquer fundamento ou razão, vez que em seu primeiro laudo foi taxativa ao afirmar a ocorrência do suposto delito do art. 217-A do CP, isso após ter atendido a infante [...] durante 10 (dez) sessões, fato esse que voltou a afirmar junto com outras informações consideradas por estes defensores de suma importância do documento a ser exibido. [*sic*]

Todavia, o magistrado singular indeferiu o pleito. Veja-se (fls. 16-17):

De fato, é cabível o pedido de exibição de documento para a instrução da ação penal, observada a pertinência de sua produção, a teor do que dispõe o art. 143, do Código de Processo Penal.

Contudo, na hipótese, como esclarecido pelo Tabela à fl. 287, a escritura pública declaratória, registrada sob o protocolo n. 13706, em 16-5-2018, foi declarada incompleta, em razão da ausência de assinatura da declarante Sabrina Casagrande.

Diante disso, o ato não é eficaz e não produz efeitos, e, por isso, indefiro o pedido de exibição de documentos.

Além disso, colhe-se dos autos que a referida declarante elaborou laudo pericial juntado aos autos às fls. 260-269, o que demonstra a possibilidade de obtenção da prova requerida pela defesa por outros meios, inclusive, com a oitiva da profissional em juízo.

Ora, o que se verifica, no *decisum* acima transcrito, é que o juiz *a quo* parece reconhecer a possibilidade de exibição do mencionado documento para a instrução da ação penal, entretanto, nega a apresentação da declaração no presente caso, ao realizar uma valoração da aludida prova documental antes mesmo desta ser produzida nos autos – o que é sabidamente inviável.

Neste ponto, convém anotar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, conforme estabelece o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, dispositivo que consagra um dos mais importantes postulados do sistema acusatório, qual seja, a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Sendo assim, é consabido que compete ao Estado o dever de possibilitar ao acusado a produção de toda a defesa possível, no que tange à imputação que lhe foi atribuída, primordialmente quando trata-se da esfera criminal.

Ademais, no que tange ao direito à prova legalmente obtida ou produzida, o qual encontra-se atrelado à prerrogativa da ampla defesa, a doutrina esclarece que “trata-se da faculdade conferida à partes no sentido de produzir e trazer ao processo as provas que repute necessárias à demonstração da verdade dos fatos que alegam, condicionando-se que sejam pertinentes e relevantes no tocante ao fim a que se destinam, bem como a que tenham sido obtidas por meios lícitos” (AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 39).

Portanto, na hipótese em apreço, não pairam dúvidas sobre a existência do direito líquido e certo de acesso ao documento de prova tido como indispensável para realização da defesa da impetrante, porquanto trata-se de uma prerrogativa assegurada pela Constituição Federal, consoante já pontuado.

Nesse sentido, verifica-se que a juntada do referido documento pode modificar a situação dos autos de origem, uma vez que a própria impetrante justifica a sua imprescindibilidade para demonstrar a mudança abrupta de posicionamento da psicóloga, isto é, motivo suficientemente relevante, tendo em conta que a impetrante foi denunciada (ação penal n. 0000863-34.2018.8.24.0081) pelo cometimento, em tese, do delito previsto no art. 339, *caput*, c/c art. 69, inc. II, alínea “a”, ambos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos (fl. 283, dos autos de origem):

No dia 6 de dezembro de 2017, nas dependências da Delegacia de Polícia de Fronteira de Xaxim [...], a denunciada A. O. deu causa à instauração de investigação policial contra E. F., imputando-lhe o crime de estupro de vulnerável de que sabia ser ele inocente, quando registrou o Boletim de Ocorrência n. 00270-2017-0004477 (fls. 5-6).

Como consequência, a autoridade policial instaurou Inquérito Policial para cabal apuração dos fatos (portaria de fl. 2).

Ocorre que, efetuadas diligências e determinada a realização de Laudo Pericial, quebra de dados telefônicos e telemáticos (decisão nos autos 238-97.2018) e laudos psicológicos com a criança, apurou-se que a denunciada imputou falsamente a E. F. a prática do crime sexual, sabendo de sua inocência, na fútil tentativa garantir a guarda da criança nos autos n. 0302144-83.2017.8.24.0081. [grifou-se]

Todavia, reforça-se que o que se pretende, neste momento, é verificar a possibilidade de produção da aludida prova documental pela impetrante e não tecer considerações sobre o seu valor probante.

A propósito, acerca da necessidade de busca da verdade real, princípio norteador de todo o processo penal, destaca-se:

O princípio da verdade real, também conhecido princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal. [...] Assim, a afirmação de que a verdade real é a meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsioná-lo com o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena [...]. (AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 18).

Sendo assim, considerando principalmente o mencionado princípio da verdade real, não se mostra razoável inadmitir a prova, obtida por meio lícito e redigida de próprio punho e espontaneamente pela psicóloga, somente pela ausência de assinatura da declarante no prazo estipulado pelo Tabelionato para tanto. Até porque, segundo esclarecido pelo próprio juiz *a quo*, a profissional Sabrina Bongiovanni elaborou laudo pericial já colacionado aos autos de origem (fls. 260-269), bem como foi arrolada como testemunha (fls. 420-424, do processo originário), de sorte que mostra-se possível, inclusive, a confirmação da sua declaração arquivada em cartório ou a produção de prova em contrário.

Aliás, convém anotar que o próprio Tabelionato esclarece a possibilidade de apresentação do documento em questão, ainda que sem assinatura por parte da declarante, desde que mediante pedido judicial (fl. 25).

Portanto, infere-se que a ausência da mencionada prova documental, *in casu*, acarreta grave prejuízo à defesa da impetrante, parte ré no processo originário, bem como ao trâmite da respectiva ação penal, em virtude da possibilidade de ser reconhecida, posteriormente, a nulidade processual por cerceamento do direito à ampla defesa, situação que deve ser inibida.

A propósito: “O princípio do *‘pas de nullité sans grief’* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção” (STF, Min. Cármen Lúcia). (Apelação Criminal n. 0001824-08.2016.8.24.0125, de Itapema, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 31/01/2017).

À vista disso, por existir direito líquido e certo a ser resguardado por meio do presente mandado de segurança, impõe-se a concessão da segurança, para que seja exibida a escritura pública de declaração

firmada por Sabrina Bongiovanni, a qual foi protocolada no Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos do Município de Xaxim sob o n. 13706.

Comunique-se ao Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Xaxim para que officie ao Tabelionato.

Sem honorários advocatícios, conforme o art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Custas na forma da lei, considerando que foi concedido o benefício da gratuidade da justiça (fls. 33-35).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do *mandamus* e conceder a segurança.

Este é o voto.

Habeas Corpus (criminal) n. 4029605-50.2018.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PACIENTE DENUNCIADA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06.

PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR (ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – MULHER COM FILHO DE ATÉ 12 ANOS INCOMPLETOS) OU MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO (ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO QUE AUTORIZA A MEDIDA INDEPENDENTEMENTE DA PRIMARIEDADE E DEMAIS PREDICADOS DA ACUSADA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.

PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO, CONSOANTE COMANDO DO STF – DECISÃO MONOCRÁTICA NO HC COLETIVO N. 143.641/SP. PACIENTE MÃE DE DUAS CRIANÇAS COM IDADE INFERIOR A 12 ANOS, SENDO UMA DELAS LACTENTE. MATÉRIA INCONTROVERSA NO PRIMEIRO GRAU. CONCESSÃO DA ORDEM PARA SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA, NOS TERMOS DO ART. 318, V, DO CPP. LIMINAR CONFIRMADA. *WRIT* CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus (criminal) n. 4029605-50.2018.8.24.0000, da comarca da Capital 1ª Vara Criminal em que é/são Impetrante (s) Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e Paciente (s) Taynara Nice Abel.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do *Habeas Corpus* e conceder a ordem, confirmando-se a liminar, para substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, nos termos do art. 318, V, CPP, com monitoramento eletrônico, conforme a Resolução Conjunta GP/CGJ n. 4/2016, devendo o magistrado de origem estabelecer outras condições que entender necessárias.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cesar Schweitzer (Presidente) e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Doutor Marcílio de Novaes Costa.

Florianópolis, 22 de novembro de 2018 .

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

Relator

RELATÓRIO

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina impetrou *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de Taynara Nice Abel, contra ato praticado pelo Juiz de Direito que em audiência de custódia homologou o flagrante e o converteu em prisão preventiva.

Aduziu que o decreto prisional carece de fundamentação idônea, bem como não preenche as hipóteses previstas na legislação, tendo em vista que inexistente qualquer motivo concreto para presumir que a sua liberdade trará risco à ordem pública e aplicação da lei penal, uma vez que a paciente é primária, possui bons antecedentes e residência fixa, além de ter duas filhas menores, M. E. A. A., de 4 anos de idade, e V. A. B., com apenas 3 meses de vida e em fase de amamentação.

Sustentou que a paciente sofre constrangimento ilegal por se encontrar presa desde o dia 27-10-2018 por suposta prática do crime de tráfico de drogas, descumprindo determinação do Supremo Tribunal Federal, o qual assegurou o direito à prisão domiciliar a todas as mulheres mães de crianças de até doze anos de idade incompletos ou que necessitem de seus cuidados.

Argumentou que a paciente se enquadra nas previsões legais para obtenção dessa benesse e requereu a aplicação de alternativas penais previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, antes de se decretar a prisão preventiva.

Por fim, requereu a concessão da liminar diante da flagrante ilegalidade da prisão preventiva e, no mérito, sua confirmação. Ao final, requereu a concessão da ordem, com a fixação ou não de medida cautelar diversa da prisão.

Deferida a liminar, determinou-se a prisão domiciliar da paciente (mediante monitoramento eletrônico) em substituição à prisão preventiva e solicitou-se informações à autoridade apontada como coatora, a qual as prestou às p. 47-48.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Procurador de Justiça Jorge Orofino da Luz Fontes, manifestando-se pelo conhecimento do *mandamus*, revogação da liminar concedida e denegação da ordem (p. 51-57).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o *writ* há de ser conhecido.

A paciente Taynara Nice Abel foi presa em flagrante no dia 27-10-2018 por infração ao artigo 33 da Lei 11.343/06.

Do que se observa da decisão atacada (p. 30-31), que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, há materialidade do delito, indícios suficientes de autoria e necessidade da garantia da ordem pública:

Taynara Nice Abel foi presa em flagrante pela prática, segundo respectiva Nota de Culpa (fl. 12), pelo crime

de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06). Foram observados os direitos constitucionais pertinentes (art. 5º, incisos LXI, LXII, LXIII e LXIV da CF) e o procedimento previsto em lei (arts. 304 e 306 do CPP) para a lavratura do presente Auto de Prisão em Flagrante (APF). Quanto à situação de flagrância do crime de tráfico, encontra previsão no art. 302, inciso I do CPP, uma vez que os policiais militares estavam em rondas no Morro do Mosquito, quando avistaram uma mulher em atitude suspeita, mostrando-se nervosa com a presença da guarnição, com uma mochila subindo o morro e resolveram fazer a abordagem. Na abordagem, foi localizado duas porções de substância semelhante à maconha, com aproximadamente 1,040kg. Por fim, a conduzida assume que parte da droga era para o tráfico e outra para uso pessoal. Portanto, HOMOLOGO A PRISÃO EM FLAGRANTE. 2. Passo a analisar a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva ou a possibilidade de concessão da liberdade. Provas de materialidade e indícios de autoria decorrem da própria homologação do flagrante. O crime em questão é punido com pena máxima de 15 anos reclusão e multa, portanto, é delito de grave potencial ofensivo (art. 313, I do CPP). O *periculum libertatis*, está caracterizado na necessidade de ser preservada a ordem pública, tendo em vista a gravidade do delito, supostamente praticados pela conduzida. A par da gravidade abstrata, a gravidade concreta do fato deflui da quantidade de drogas (1,040kg de maconha), o que permite concluir que haveria a difusão de tal droga para vários usuários, de modo que, reiteradamente (isto é, a cada venda), haveria a prática do crime de tráfico. Embora a conduzida possua apenas 18 anos, responde a atos infracionais na Vara da Infância e da Juventude por Homicídio e Tráfico de Drogas, sendo-lhe aplicadas medidas sócioeducativas. Friso ainda que as medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal), no caso em concreto, não se apresentam hábeis e suficientes a promover o restabelecimento e manutenção da paz social, levando-se em conta o que acima delineado (artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal). Ressalto ainda, que embora a conduzida tenha dito que esta amamentando, sequer ha comprovação do alegado. Assim, considerando a necessidade da prisão, é precoce sua soltura desde já, por este fundamento, sem prejuízo de nova análise, caso tais documentos sejam juntados. Portanto, com base nos artigos 310, II; 312 e 313,I, todos do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO DE TAYNARA NICE ABEL EM PRISÃO PREVENTIVA. Expeça-se o respectivo mandado de prisão. Em tal mandado, deverá constar que a conduzida alegou que tem um filho de 3 meses que esta amamentando, para que o DEAP providencie meios de a mãe permanecer com a criança mesmo presa, caso a criança seja trazida ao estabelecimento penal. 3. Finda a análise da prisão, passo aos comandos de natureza administrativa: a) Comunique-se o Conselho Tutelar acerca da prisão da conduzida, tendo em vista que alegou que seus dois filhos (um deles com 3 meses), estavam consigo quando de sua prisão, ficando aos cuidados de terceira pessoa, tendo-se poucas informações acerca da situação. Mais informações acerca do paradeiro da criança, poderão ser obtidas diretamente com a conduzida no estabelecimento prisional. b) Uma vez verificada a regularidade formal do laudo de constatação provisório, DETERMINO a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo (art. 50, § 3º, da Lei nº 11.343/2006). Distribua-se o APF à Vara competente e, uma vez recebido, abra-se vista dos autos ao Ministério Público para formação da opinião delicti”.

Da leitura dos autos da ação penal n. 0016166-68.2018.8.24.0023, verifica-se que o Ministério Público já ofereceu denúncia no dia 30-10-2018 (p. 30-33 daqueles autos).

Sobre a materialidade, verifica-se que ficou evidenciada através do boletim de ocorrência (p. 4-5), auto de exibição e apreensão (p. 9), termo de reconhecimento e laudo pericial de constatação n. 0949/18 (p. 7) – todas folhas dos autos de origem.

Por sua vez, os indícios suficientes de autoria se sobressaem dos 2 tabletes de erva (*cannabis sativa*), prensados individualmente com massa bruta total de 1.068,0g (um mil e sessenta e oito gramas), que estavam na posse da paciente no momento da prisão. Destaca-se que essa quantidade do entorpecente é suficiente para caracterizar, em tese, a prática do crime de tráfico.

Soma-se, ainda, os depoimentos dos policiais militares e a confissão extrajudicial da paciente na delegacia de polícia (mídia audiovisual - p. 19) e, também, perante a autoridade judicial, na audiência de custódia (mídia audiovisual – p. 22-23).

Nesses termos, a tese de generalidade da garantia da ordem pública não prospera, pois tal requisito ficou calcado nos fatos ocorridos, fator que evidencia o risco de reiteração criminosa.

Logo, não ficou caracterizada violação aos princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade, porque a prisão preventiva possui caráter tão somente cautelar e atende o fim a que se propõe, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Cabível tal segregação, passa-se a análise da possibilidade da sua substituição pela prisão domiciliar.

Em sede liminar deste *Habeas Corpus*, já se determinou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, mediante o uso de tornozeleira eletrônica (p. 38-43)

Em recentíssimo comando do STF – decisão monocrática no HC coletivo n. 143.641/SP, julgada em 24-10-2018 –, o Ilustre Ministro Ricardo Lewandowski assim decidiu:

[...] A concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional.

[...] Não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança.

[...] Assevera que a suspensão e a destituição do poder familiar se dão por meio de procedimento previsto em lei, que não pode ser substituído pela avaliação do juiz no momento da análise da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

No caso em análise, a paciente é mãe de duas crianças, sendo uma delas ainda lactente, matéria incontroversa no primeiro grau, onde o representante ministerial, inclusive, já tomou conhecimento da liminar deferida por *Habeas*

Corpus, nada requerendo mesmo diante dos eventuais descumprimentos relatados pelo DEAP.

Ademais, embora respeitada a manifestação de p. 51-57, quando o Procurador de Justiça alega que a impetrante não se desincumbiu de comprovar que a paciente é efetivamente mãe de duas crianças, oportuno mais uma vez ressaltar que deve prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do qual se partilha: a prescindibilidade da apresentação da certidão de nascimento de filhos menores pelo impetrante.

Destaca-se do mencionado Habeas Corpus coletivo o enfrentamento sobre essa questão:

Documentos eletrônicos 613/622: o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD informa que, no âmbito do mutirão Mães Livres, que vem desenvolvendo desde 2017, passou a sistematizar informações acerca do cumprimento, pela Justiça de São Paulo, do habeas corpus coletivo.

Relata que, apesar do comando claro no sentido de que a mulher gestante ou mãe de criança deve permanecer presa apenas em situações excepcionalíssimas, este conceito vem sendo inconstitucionalmente alargado, chegando-se até mesmo à exigência de que a mãe prove que é necessária aos cuidados do filho.

Informa que, no âmbito do mutirão realizado na Penitenciária Feminina “Sandra Aparecida Lario Vianna”, de Pirajuí/SP, constatou dois grupos de casos: aqueles em que os julgadores aplicam critérios de substituição contrários à lei e ao acórdão, desobedecendo o precedente vinculante, e aqueles em que houve omissão na análise determinada por esta Corte.

No que tange ao primeiro caso – **as negativas mal fundamentadas** –, aduz que 122 presas tiveram a substituição negada, em geral por meio de justificativas enfrentadas e vencidas no acórdão, que podem ser assim categorizadas:

(i) Indeferimentos da substituição por razões de ordem probatória, incluindo ausência de certidão de nascimento ou da guarda, descurando-se que as mulheres presas compõem um grupo vulnerável que não tem a mesma facilidade que o juiz para reunião desses documentos, razão pela qual a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo expediu comunicado no seguinte sentido: “não deverá ser feita exigência de apresentação de certidão de nascimento para apreciação, facultado ao juiz a solicitação direta pelo sistema CRC-Jud, devendo, de qualquer forma, proferir a decisão” (p. 5).

[...]

Nesses termos, por inexistir controvérsia no primeiro grau sobre a maternidade, e, por inexistir informações nos autos de origem sobre a destituição do poder familiar eventualmente realizado por juízo próprio, há que se conceder a benesse.

Isso porque não cabe ao juízo criminal manter as infantes afastadas de sua mãe, uma vez que existe a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar à paciente, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal.

Entender de modo diverso usurparia a competência do juízo próprio que possui procedimentos específicos para análise da melhor situação para as crianças.

Portanto, diante do recentíssimo comando do STF – HC coletivo n. 143.641, sem maiores digressões sobre a questão, embora existente gravidade concreta na situação, conforme contexto dos autos, a medida domiciliar à paciente é medida que se impõe.

Pelo exposto, concede-se a ordem requerida, confirmando-se a liminar deferida, para substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar à paciente, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, com monitoramento eletrônico, conforme a Resolução Conjunta GP/CGJ n. 4/2016, cabendo ao magistrado de origem estabelecer outras condições que entender necessárias.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0009741-15.2010.8.24.0020, de Criciúma

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DA LEI 9.503/97). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO PARA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DA OMISSÃO DE SOCORRO. POSSIBILIDADE. RÉU QUE AVANÇA O SINAL VERMELHO, EM ALTA VELOCIDADE, ATROPELA A VÍTIMA E SE EVADE DO LOCAL DO ACIDENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA ALIADA AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE HOUVESSE QUALQUER RISCO A SUA INTEGRIDADE FÍSICA. OMISSÃO DE SOCORRO EVIDENCIADA PELOS DEPOIMENTOS COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MAJORANTE RECONHECIDA. PENA ALTERADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0009741-15.2010.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Dilton Conceição Nascimento Junior.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para aplicar a majorando revista no artigo 302, § 1º, inciso III, da Lei n. 9.503/1997, e reajustar a pena do réu para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, e 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Cesar Schweitzer e o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2018.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

Presidente e Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Dilton Conceição Nascimento Júnior, imputando-lhe a prática do delito disposto no artigo 121, c/c artigo 18, inciso I, ambos do Código Penal, bem como, artigo 304, da Lei n. 9.503/1997, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória (fls. II/IV):

“Conforme consta do incluso caderno indiciário, na noite de 27 de novembro de 2009, por volta das 23h e 30 min, o denunciado Dilton Conceição Nascimento Júnior, que estava na direção do veículo automotor FORD/ ESCORT, 1995, placas LXB 4735, de cor azul escuro, trafegava, em velocidade incompatível com o local,

pela Avenida Centenário, centro, desta cidade, sentido Próspera Pinheirinho, quando nas proximidades da Igreja Assembleia de Deus tomou a pista exclusiva de trânsito para ônibus e ultrapassou, pela direita, os demais veículos que estavam parados aguardando abertura do sinal, tendo avançado o semáforo que se encontrava “vermelho”, indicando parada obrigatória.

Nessa oportunidade, o denunciado Dilton atropelou Cledson Luiz Fenilli, o qual atravessava a via regularmente, sobre a faixa de pedestres, causando nele lesões que foram a causa efetiva de sua morte, que ocorreu no Hospital São Jose, às 22 horas, do dia 05 de dezembro de 2009, como demonstra o Laudo Pericial - Exame Cadavérico de fl. 12.

Após, o atropelamento, o denunciado deixou de prestar socorro a vítima, evadindo-se do local, sendo perseguido por Maicon Antunes Martinhago, que presenciou os fatos delituosos perpetrados pelo denunciado, uma vez que se encontrava em seu veículo FIAT/PALIO ADVENTURE aguardando naquela via pública a abertura do semáforo, porém o mesmo não logrou êxito em alcançá-lo.

Dessa forma, o denunciado Dilton Conceição Nascimento Júnior, na direção do veículo automotor, em velocidade incompatível com a mencionada via pública, ao ultrapassar pela direita, em via exclusiva de ônibus, e desrespeitar o sinal “vermelho”, assumiu o risco de ocasionar a morte de Cledson Luiz Fenilli, além de, na ocasião do fato delituoso, em que deu causa, deixou de prestar imediato socorro à vítima, evadindo-se do local do evento.”

A denúncia foi recebida (fl. 58), o réu foi citado (fl. 67) e apresentou defesa (fls. 70/75).

A defesa foi recebida e, não sendo o caso de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento (fls. 78, 79 e 111).

Na instrução foram inquiridas as testemunhas arroladas por acusação e defesa e interrogado o réu (fls. 135/137 e 154/157)

Encerrada a instrução processual e apresentadas as alegações finais (fls. 162/165 e 167/175), sobreveio a sentença (fls. 176/184) com o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, desclassifico a imputação atribuída ao acusado Dilton Conceição Nascimento Junior no tocante ao delito previsto no art. 121, caput, c/c art. 18, I, ambos do Código Penal para o delito previsto no art. 302, da Lei 9.503/97 excluindo-o da competência do Tribunal do Júri.”

O Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito (fl. 187) e o réu apresentou contrarrazões (fls. 217/226).

Em análise ao recurso interposto, bem como às contrarrazões, a togada singular manteve a decisão por seus próprios fatos e fundamentos (fl. 227), e, na sequência, ascenderam os autos ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 230/240).

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, determinando-se o retorno dos autos à origem para que seja dado prosseguimento ao feito (fls. 250/261).

Levado a julgamento, sobreveio a sentença com o seguinte dispositivo (fls. 266/273):

“Do exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão acusatória exposta na denúncia (art. 387 do CPP), para:

- a) condenar o acusado Dilton Conceição Nascimento Júnior ao cumprimento de 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários, na proporção de uma hora de labor diário por dia de condenação e proibição de frequentar bares, boates, bailes e congêneres, pelo período de duração da pena corporal, em substituição da pena privativa de liberdade de 2 anos de detenção, em regime inicialmente aberto, bem como a suspensão ou proibição de obter habilitação para direção de veículo automotor pelo período de 2 meses, pela prática do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, da Lei 9.503/97);
- b) extinguir a punibilidade do acusado Dilton Conceição Nascimento Júnior em razão da prescrição da pretensão punitiva relativa ao delito previsto no art. 304 da Lei 9.503/97, com fundamento nos arts. 107, IV *c/c* 109, V, ambos do Código Penal.”

Inconformado, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs recurso de apelação (fls.277/280) pleiteando a reforma parcial da sentença, tão somente para que seja aumentada a pena na terceira fase dosimétrica, em razão do reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 302, § 1º, inciso III, da Lei n. 9.503/1997.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 284/288) e ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Gunther, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 293/296).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presente os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma, que condenou Dilton Conceição Nascimento Junior à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e proibição de frequentar bares, boates, bailes e congêneres, bem como a suspensão ou proibição de obter habilitação para direção de veículo automotor pelo período de 2 (dois) meses, por infração ao artigo 302, *caput*, da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

Pretende o representante do Ministério Público a reforma parcial da sentença, por entender que a prova dos autos permite a condenação na forma majorada prevista no artigo 302, § 1º, inciso III, do referido diploma.

Analisando detidamente o feito, penso que assiste razão ao *Parquet*.

Com efeito, do conjunto probatório é possível extrair que, após a colisão, o acusado deixou de prestar socorro à vítima e evadiu-se do local do sinistro, demonstrando, ao menos naquele momento, total indiferença com relação ao ocorrido.

A propósito, o réu admitiu ao ser interrogado em juízo que foi o responsável pelo atropelamento da vítima, mas negou a omissão de socorro, afirmando que não parou para prestar auxílio porque temeu por represálias de populares que começaram a se aglomerar no local.

Contudo, não obstante as alegações do acusado, nenhuma prova foi produzida em juízo que pudesse sustentar a tese de que a sua vida corria perigo caso tivesse parado para prestar o devido socorro às vítimas. Ao contrário, as provas produzidas ao longo da instrução, denotam que o socorro foi solicitado por terceiros e que não havia qualquer aglomeração de pessoas no momento.

Nesse sentido foi o depoimento da testemunha Maicon Antunes Martinhago:

“[...] Que presenciou os fatos, que estava dentro do carro, parado na sinaleira e tinha outro carro ao seu lado. O sinal havia aberto quando duas pessoas atravessavam um pouco a frente da faixa de pedestres, sendo que um conseguiu voltar e o outro foi atingido pelo veículo Escort, o qual foi jogado pra cima com o impacto. Disse que esse automóvel diminuiu a velocidade, contudo, sem parar e depois seguiu, a medida que o depoente encostou seu veículo e chamou o Samu. [...] Perguntado, disse que até tentou ir atrás do automóvel, mas parou para socorrer a vítima e avisou uma viatura sobre o acidente. Não conseguiu anotar a placa do carro [...]” (Mídia da fl. 137 – transcrição indireta da sentença à fl. 268).

E também o relato da testemunha Danilo Valdir da Silva:

“Que ao chegar a um semáforo o sinal estava aberto para o depoente e Cledson e estavam atravessando a rua; Que Cledson seguia logo a frente a frente do depoente, quando um veículo Escort, cor preta, conduzido em alta velocidade, avançou o sinal que estava fechado para o condutor do mesmo, vindo a atropelar Cledson; Que o impacto do veículo com a vítima foi no meio da rua e em cima da faixa de pedestres; Que o condutor do veículo Escort não parou no local, portanto não prestou socorro a vítima; Que logo em seguida chegou a polícia militar e isolou o local; [...]” (fl. 51). – grifei.

Logo, resta indubitavelmente comprovado pela prova oral coligida, que nenhuma situação de risco à integridade física do acusado existiu que o impedisse de prestar o devido socorro às vítimas.

Ademais disso, os depoimentos colhidos em juízo comprovam que terceiros foram os responsáveis por chamar o resgate e por prestar os primeiros socorros aos jovens atropelados.

O fato do apelado ter procurado por notícias da vítima e ter se apresentado à autoridade policial assim que soube do resultado do incidente, não afasta a sua responsabilidade pela conduta de ter deixado, na ocasião do acidente, de prestar socorro à vítima, ou de solicitar auxílio da autoridade policial, já que fugiu no local.

Assim, não restam dúvidas que o acusado se evadiu sem prestar o necessário e devido socorro ao ofendido, de modo que o recurso ministerial deve ser provido para acrescentar na condenação a majorante prevista no artigo 302, § 1º, inciso III, ambos do Código de Trânsito Brasileiro..

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, III, DO CTB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E VIOLAÇÃO DO

DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NO MÉRITO, PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O RÉU TENHA AGIDO COM CULPA E AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA POR OMISSÃO DE SOCORRO EM FACE DO ALEGADO TEMOR QUANTO À INTEGRIDADE FÍSICA DO AGENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] Não há que se falar em afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 302, III, do CTB, quando as provas dos autos apontam no sentido de que o denunciado evadiu-se do local, sem prestar qualquer tipo de socorro à vítima, bem como não faz prova de que a sua permanência in loco lhe acarretaria risco à vida ou a integridade física. (TJSC, Apelação Criminal n. 0140867-97.2014.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 07-08-2018). – grifei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL NADIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR EMBRIAGUEZA AO VOLANTE (LEI 9.503/1997, ART. 303, C/C ART. 302, § 1º, III E ART. 306). SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. OMISSÃO DE SOCORRO (ART. 302, § 1º, III, DO CTB). CONDUTOR DO VEÍCULO QUE SE EVADE DO LOCAL. ALEGADO RISCO DE AGRESSÃO. EXCLUDENTE NÃO DEMONSTRADA. Presente prova de que o condutor, responsável pela colisão, evadiu-se do local sem prestar socorro à vítima, pertinente a majoração da pena com base no inciso III §1º do art. 302 da Lei 9.503/1997. Evidenciado nos autos que o apelante se evadiu do local da colisão por nervosismo e não demonstrado a existência de risco de agressão por populares, não há falar no afastamento da causa especial de aumento prevista no inciso III §1º do art. 302 da Lei 9.503/1997. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0815605-05.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 26-07-2018). – grifei.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR [ART. 303 DO CTB]. RÉU QUE INVADI A CALÇADA E ATROPELA DOIS JOVENS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA ALIADA AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. CONDENACÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO PARA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DA OMISSÃO DE SOCORRO. POSSIBILIDADE. CONDUTOR QUE SE EVADIU DO LOCAL DO ACIDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE HOUVESSE QUALQUER RISCO A SUA INTEGRIDADE FÍSICA. OMISSÃO DE SOCORRO EVIDENCIADA PELOS DEPOIMENTOS COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MAJORANTE RECONHECIDA. PENA ALTERADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.006367-5, de São João Batista, rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 06-08-2015). – grifei.

Dito isso, passa-se a dosimetria da pena.

Considerando que pena-base foi fixada no mínimo legal, e que foi mantida nesse patamar na fase intermediária, na terceira fase, aplicando-se a fração mínima de 1/3 (um terço), a pena definitiva restara fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção.

Em simetria com a pena corporal aplicada, a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, observados os limites impostos pelo artigo 293 da Lei n. 9.503/1997, resta fixada em 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias.

Ressalta-se que devem ser mantidas as demais cominações da sentença.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para aplicar a

majorando revista no artigo 302, § 1º, inciso III, da Lei n. 9.503/1997, e reajustar a pena do réu para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, e 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

Autos n. 0002008-09.2018.8.24.0055

Ação: Petição

Requerente: Guilherme Augusto Pickler

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de alvará judicial formulado por Guilherme Augusto Pickler, na qualidade de representante de DM7 Eventos Ltda EPP, para entrada e permanência de crianças e adolescentes, a partir de 06 (seis) meses de idade, no evento “Adhana Festival Multicultural”, a ser realizado entre 00h01 do dia 28/12/2018 às 20h00 do dia 02/01/2019.

O oficial da Infância e Juventude apresentou informação à p.67.

O Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido (pp. 75/84) e juntou documentos (pp. 85/112).

Às pp. 113/114 foi determinada a realização de diligências pelo Oficial da Infância e Juventude, bem como a intimação do requerente para apresentar documentos.

O requerente apresentou documentos e informações (pp. 116/121 e 232/242) e o Oficial da Infância e Juventude prestou informações (pp. 218/231).

O Ministério Público reiterou sua manifestação anterior pelo indeferimento do pedido de alvará (pp. 247/249).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

O pedido de alvará judicial para entrada e permanência de crianças ou adolescentes em casas de diversão, danceterias, promoções dançantes, festas pagas e congêneres encontra amparo no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente e está disciplinado na Portaria n. 91/2018 deste Juízo.

Verifica-se que o pedido de alvará foi protocolado no dia 13/11/2018 (p. 01), ou seja, atendendo o prazo mínimo de antecedência necessário para o seu processamento, previsto no art. 4º da Portaria n. 91/2018 deste Juízo.

Com relação aos documentos necessários, percebe-se que o requerente apresentou a seguinte

documentação: Alvará Municipal de localização e funcionamento do estabelecimento onde ocorrerá o evento (p.238); Alvará da Vigilância Sanitária (p. 15); Alvará/atestado do Corpo de Bombeiros (p. 13); Contrato da empresa de segurança devidamente cadastrada na Polícia Federal (pp. 25/28); Lista dos vigilantes que trabalharão no evento, com declaração de situação e regularidade de empresa, constando no quadro ao menos 1 (uma) vigilante mulher (pp. 132/189); Guias das licenças devidamente quitadas (pp. 46/55); Cópia dos documentos pessoais (RG e CPF, ato constitutivo e CNPJ) e comprovante de residência do responsável pelo estabelecimento e ou evento (pp. 05/07). Outrossim, a comunicação do Conselho Tutelar, das Polícias Militar e Civil e do Corpo de Bombeiros foi comprovada às pp. 124/131.

Verifica-se que o alvará/licença da Polícia Civil válido não foi apresentado pelo requerente, embora tenha sido oportunizada a juntada pela decisão de pp. 113/114. O requerente argumentou que o documento é renovado mensalmente e que seria “impossível” obter todos os documentos exigidos, argumentando, ainda, que o documento emitido pela Polícia Civil não tem força de alvará, mas é somente uma autorização para desenvolver atividades junto aos demais órgãos de fiscalização (p. 116).

Não obstante a ausência de apresentação de todos os documentos exigidos na Portaria deste Juízo, o pedido de alvará não merece deferimento porque o evento não se destina ao público infantil e juvenil, além de não apresentar condições favoráveis à sua permanência e bem estar, conforme passo a expor.

O Oficial da Infância e Juventude relatou à p. 218 que o evento para o qual se requer alvará é um festival que contará com mais de 100 (cem) atrações musicais, a maior parte na modalidade de músicas eletrônicas: *“Consultando as referidas atrações, pude perceber que estas possuem basicamente um público votado aos festivais de música eletrônica, atrações estas que não acrescentariam benefícios ao público juvenil ou infantil”*. O Oficial certificou que *“apesar de haver pedido para que crianças e adolescentes possam ingressar no evento, acredito que não seria este o local adequado para tal faixa etária, até mesmo porque é de conhecimento público que em festas festa natureza, ou seja, onde se preconizam as músicas eletrônicas, podem existir o consumo de substâncias entorpecentes, o que deixaria crianças e adolescentes desprotegidas”*.

O Oficial da Infância e Juventude declarou também: *“Enfatizo a questão de que o local em que será realizado o evento é de grande extensão, dificultando e muito a realização de fiscalização, deixando assim a mercê o cuidado e a proteção devidos às crianças e adolescentes”* (p. 218).

Compulsando detidamente o caderno processual, considerando a localização do evento, sua duração (cinco dias ininterruptos), natureza das atrações, tipo de música, frequentadores, e por fim, diante das informações prestadas pelo eficiente e sempre zeloso Oficial da Infância e da Juventude desta Comarca, vê-se claramente que o evento “Adhana Festival Multicultural” é uma festa do tipo *rave*.

É cediço que as festas *raves* têm se demonstrado, infelizmente, um binômio de música eletrônica e uso indiscriminado de entorpecentes (maconha, crack, cocaína, LSD, ecstasy, dentre outros), sem que haja qualquer fiscalização por parte dos realizadores do evento, sem falar na facilidade da aquisição e ingestão de bebidas alcoólicas por adolescentes. Esse tipo de evento é promovido geralmente em propriedades rurais, como forma de dificultar o acesso da polícia administrativa e do Oficialato de

Menores, possibilitando, em contrapartida, que seus adeptos façam uso indiscriminado de entorpecentes sem qualquer aborrecimento por parte da força policial. Noutra banda, a presença reiterada de menores em ambientes como este, em desacordo com as normas de proteção da infância, sobretudo a portaria deste juízo, é conduta que deve ser evitada.

No caso em apreço, a autoridade Policial Militar apresentou ao Ministério Público e a este Juízo da Infância e da Juventude, na data 20/02/2018, a informação de que em festas *Rave* havidas nesta cidade, exatamente no local denominado de “Fazenda Evaristo”, ocorre o uso de substâncias entorpecentes e o descontrole, por parte dos produtores do evento, quanto ao acesso dos adolescentes a estas substâncias.

O parecer técnico sobre a realização das festas, oriundo do Comando da 3ª CIA/23º Batalhão de Polícia Militar é contrário à realização de tais festas e apresenta informações que causam preocupação (pp. 85/108):

“[...] resta plenamente demonstrada a prática de crimes relacionados a entorpecentes nos chamados ‘Festivais’ que vem ocorrendo frequentemente na Fazenda Evaristo em Rio Negrinho, a exemplo do ‘Progressive Festival’(11/2017), ‘Tawai Dub Festival’ (01/2018) e ‘Festival Psicodália’ (02/2018). Somando-se os resultados obtidos nas operações realizadas pela Polícia Militar para esses três eventos, chegamos a um total de 07 (sete) pessoas presas por tráfico de drogas (flagrante e mandado de prisão), 185 (cento e oitenta e cinco) Termos Circunstanciados por posse de entorpecentes e mais de 10 tipos de substâncias ilícitas apreendidas em grande quantidade”.

Segundo relatório do serviço de inteligência da Polícia Militar, adolescentes têm comparecido e participado das festas, em que há o maciço uso de drogas e grande resistência à atuação da polícia: *“Nota-se, ainda, a constante presença de adolescentes e até mesmo crianças nos referidos festivais, as quais ficam expostas a diversas situações inapropriadas ao pleno desenvolvimento do caráter, como o livre consumo de drogas (imagem 17) e as cenas de nudez (imagens 21/22), situações que podem acarretar riscos à integridade física, psíquica e moral dessas crianças/adolescentes. Os organizadores do evento afirmam ter áreas para recreação, porém verifica-se que as crianças não permanecem a todos os momentos nessas áreas, ficando, portanto sujeitas à exposição na área comum da festa [...]”* (p. 107).

A atividade repressiva tem se mostrado eficaz em parte, entretanto não de todo eficiente. Mesmo com as barreiras realizadas pela Polícia Militar, houve consumo de drogas, maconha, cocaína, LSD e ecstasy, sendo realizadas apreensões registradas em ocorrências:

- Operação Policial Militar ‘Progressive’ (30 de outubro à 05 de novembro de 2017) realizada na via de acesso à Fazenda Evaristo onde ocorreu o **‘Progressive Festival’**, que resultou na prisão de 04 pessoas por tráfico de drogas, 39 (trinta e nove) Termos Circunstanciados por posse de entorpecentes, e também na apreensão das seguintes substâncias ilícitas: 341, 7 gramas de maconha; 161 porções de cocaína; 156 comprimidos de Ecstasy; 82 micropontos de LSD; 0,4 cristais de MDM; 4, 329 gramas de cogumelos alucinógenos; 2,6 gramas de haxixe e 1 quadro co filhas de maconha (p. 86);

- Operação Policial Militar ‘Progressive II’ (24 a 28 de janeiro de 2018), também realizada na via de acesso à Fazenda Evaristo, onde ocorreu o **‘Tawai Dub Festival’**, resultando na prisão de 01

(um) traficante, na confecção de 55 (cinquenta e cinco) Termos Circunstanciados por posse de drogas e também na apreensão das seguintes substâncias entorpecentes: 787,04 gramas de maconha; 4,47 gramas de rape; 26 comprimidos de ecstasy; 01 microponto de LSD; 0,4 gramas de cristal MD; 45 gramas de cogumelos alucinógenos e 20,07 gramas de haxixe (p.86);

- Operação Policial Militar ‘Progressive III’ (09 a 14 de fevereiro de 2018), realizada nos principais acessos à Fazenda Evaristo, durante o ‘**Psicodália**’, resultando na abordagem de 250 veículos, na prisão de duas pessoas, sendo uma delas por tráfico de drogas e outra por mandado de prisão em aberto pelo mesmo crime. Foram lavrados Termos Circunstanciados em face de 91 (noventa e uma) pessoas pelo mesmo crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, e apreendidas as seguintes substâncias: 829,71 gramas de maconha; 1,25 gramas de cocaína; 09 comprimidos de ecstasy; 35 micropontos de LSD; 24 mililitros de lança perfume; 8,3 gramas de cogumelos alucinógenos; 3,6 gramas de haxixe; 38,7 gramas de argyréia nervosa (LSA); 71,5 gramas de Kumaya com maconha; 17,5 gramas de rape e 41 unidades de bolinhos (cupcakes) com maconha (p. 88).

Foi também constatado, pelo Serviço de Inteligência, que durante o evento, os **seguranças** contratados pouco fizeram para evitar o consumo de drogas. Fato é que, no local em que realizadas todas essas festas (Fazenda Evaristo), há seguranças contratadas pelos organizadores do evento, alguns sem a qualificação necessária e/ou com atividades restritas ao cuidado do patrimônio, mas que não realizaram nenhuma intervenção em quaisquer dos fatos reportados acima, todos verificados mediante a intervenção isolada dos policiais militares.

No que tange à documentação apresentada visando dar cumprimento ao inciso VI do art. 4º da Portaria n. 91/2018 – *Lista dos vigilantes que trabalharão no evento, com cópias das respectivas Carteiras Nacionais de Vigilantes (CNV) e CPF, devendo constar no quadro ao menos 1 (uma) vigilante muler* – às pp. 27/28 foi juntada pelo requerente lista dos profissionais, contudo desacompanhada dos demais documentos exigidos. Posteriormente, acompanhando a manifestação de pp. 116/121, apresentou certidões emitidas pela Polícia Federal que, de fato, possuem o condão de comprovar a regularidade do exercício da profissão, mostrando-se aptas a substituir os documentos especificamente apontados na Portaria. Contudo, da análise detida dessas certidões, nota-se que 16 (dezesseis) dos profissionais listados (pp. 27/28) encontram-se, nos exatos termos das certidões, *“impedido[s] de exercer a profissão até realizar novo curso de reciclagem ou de extensão, na forma da Lei e seu regulamento”* É a situação dos profissionais nomeados nas certidões de pp. 135; 141; 145; 147-148; 150-152; 159; 173; 175-178; 180-181; e 187.

A Polícia Militar deixa claro o descontrole dos organizadores quanto ao acesso de adolescentes nos eventos, em que pese aleguem dispor de sistema de cadastro e de pulseiras indicativas de idade. No relatório de pp. 85/108, o que se verificou foi a presença “indiscriminada” de crianças e adolescentes: *“[...] foram flagrados diversos usuários de drogas consumindo principalmente cigarros de maconha, inclusive na frente de crianças e adolescentes. Trocavam o cigarro entre si incorrendo no crime de tráfico de tráfico privilegiado (art. 33 parágrafo 3º da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006) como flagrado nas fotos a seguir”* (p. 96). As **fotografias de pp. 97 a 102** apresentadas dão conta da inadequação do ambiente e o uso de drogas na presença de crianças.

Em suma, o número de crianças/adolescentes presentes não é controlado, a equipe de segurança não é suficiente para tal controle, por fim, todas as circunstâncias levam a uma aproximação perigosa da criança/adolescente à bebida ou substância psicoativa, o que é notoriamente nocivo.

As fotos presentes no procedimento mostram uma triste história e permitem a afirmação: *“crianças e adolescentes não devem ficar tão próximos de bebidas e drogas, por se tratarem de pessoas em processo de desenvolvimento, com baixa resistência física e moral para o consumo dessas substâncias”*.

Como bem ressaltou o Ministério Público (pp. 75/84), é cediço que, em eventos dessa natureza (festivais de música eletrônica e congêneres), o consumo de substâncias entorpecente ocorre de forma deliberada e a fiscalização, precária, não é suficiente para desestimular a prática, notadamente em razão do elevado número de pessoas frequentadoras, tal como no caso em apreço, com **estimativa de 5.000 (cinco mil) pessoas**. A douta Promotora de Justiça, conhecedora das peculiaridades locais e da realidade da comarca também ressaltou que, em eventos dessa natureza, muitos frequentadores possuem o intuito único de consumir drogas de forma livre, inclusive, na presença de crianças e adolescentes.

Portanto, percebe-se que não se trata de um evento voltado ao público infantojuvenil. Extrai-se das informações constantes dos autos que o público a que destina o evento é especialmente o adulto e que eventuais crianças e adolescentes que comparecessem apenas estariam acompanhando seus pais, especialmente por conta do **horário: 00h01 da madrugada do dia 28/12/2018, até às 20h00 do dia 02/01/2019**.

Não se desconhece que a presença da Polícia Militar em eventos como este, inclusive realizados na Fazenda Evaristo, não é bem-vinda pelos frequentadores e também pelos organizadores, apesar de sua atuação visar a garantia da segurança e da ordem pública, notadamente em um evento de que participam milhares de pessoas.

Ressalta-se que, no caso em apreço, não houve por parte do requerente qualquer iniciativa de permitir a entrada/ou disponibilizar estande para permanência da Polícia Militar para atuação no sentido de preservar a segurança dos presentes, inclusive das crianças e dos adolescentes, tal como ocorre em eventos conhecidos de Santa Catarina (a exemplo da *Oktoberfest*, em Blumenau, em que há grande atuação da Polícia Militar e também da rede de proteção, de forma parceira/conjunta com os organizadores do evento).

Eventos dessa natureza, assim como alguns outros semelhantes já realizados na Fazenda Evaristo, acabam por criar um ambiente afastado da atuação do Estado, o que não se pode admitir por este Juízo com relação às crianças e adolescentes. A aparente resistência contra a atuação da Polícia Militar no evento causa estranheza, haja vista que, de outro lado, declara o requerente que não é possível eliminar completamente os potenciais riscos:

“[...] verifica-se nas imagens abaixo que a mesma situação jurídica relatada pelo MPSC, ocorre com os menores de idade em ambientes públicos, como por exemplo nas praças, também colocando potencialmente em risco alguns direitos fundamentais de terceiros, **o que em um ambiente monitorado profissionalmente com procedimentos rigorosos de fiscalização e manutenção da segurança privada também não consegue eliminar completamente as potenciais condutas ilegais praticadas por um elemento** que não representa os ideais da grande massa do perfil do público em regra do evento [...] (p. 118).

Considerando que o número de profissionais atuantes pode não ser suficiente para garantir a segurança das crianças de tenra idade (a partir de 6 meses, conforme requer o autor) e adolescentes, além dos milhares de adultos que comparecerão ao evento, não haveria motivos lógicos para recusar auxílio da força pública.

Nesse sentido, extrai-se do relatório da Polícia Militar de p. 106 o relato de que “*Outro fato a ser destacado durante a operação, foi a constante comunicação entre os seguranças do evento, que todo momento procuravam localizar as viaturas da Polícia Militar, antes e durante o festival, repassando a localização das mesmas via rádio. Referidos seguranças chagaram a proibir a entrada de viatura nas dependências as Fazenda Evaristo no dia 01/02/2018, sob ordens de um dos organizadores, sob alegação de que a viatura só entraria no local para atendimento de ocorrências, fatos que geraram certa suspeita*”.

O requerente teceu vários argumentos com relação à segurança e proteção de crianças e adolescentes que comparecem ao evento, inclusive com possibilidade de instituição de toque de recolher entre 22h00 e 06h00, e que seria disponibilizado mais 3 seguranças e 20 monitores para fazer o trabalho preventivo (pp 232/237). Entretanto, não há elementos sólidos para sustentar a tese de que as crianças adolescentes estarão com seus direitos assegurados, tendo em vista o ínfimo número de profissionais, se comparado ao público esperado (mais de 5 mil pessoas).

Vale registrar que o produtor do evento, em declaração apresentada pelo procurador nos autos, declarou que “*Mais do que uma simples “rave” como muitos utilizam no senso comum, o Adhana Festival tem a missão fundamental não só de contribuir com essas milhares de famílias representadas na construção e execução do festival, bem como educar e fiscalizar para que os direitos e deveres relacionados aos membros dessa mesma família sejam cumpridos*”. Vê-se que o próprio produtor do evento reconhece que a natureza do evento em que pretende ver crianças/ adolescentes é uma *rave* (p. 234).

A Constituição Federal de 1988 estabelece que é dever de todos, família, sociedade e Estado prevenir, com **prioridade absoluta** os direitos de crianças e adolescentes, pondo a salvo de qualquer tratamento degradante, negligência, violência ou vexame.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a criança e o adolescente são titulares de direitos fundamentais e assegura a eles todas as oportunidades para um **desenvolvimento mental, físico, moral, social e espiritual em condições de dignidade** (art. 3º). O art. 6º, por sua vez, estabelece que, na interpretação do Estatuto, serão levados em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e sua **condição peculiar de pessoas em desenvolvimento**.

Dentre as normas de proteção, destaca-se o disposto no art. 70 do mesmo diploma, *in verbis*: “**É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos de crianças e adolescentes**”, em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, colocando-os a salvo de toda forma de negligência.

Ressalte-se que a responsabilidade é de todos, quais sejam, o Estado, a família e a sociedade. E

lembre-se que a responsabilidade estatal abarca também o Poder Judiciário, com permissão para atuar na regulamentação do acesso e permanência de crianças e adolescentes em eventos, bares etc.

Determina o legislador, nos artigos 74 e 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é responsabilidade do Poder Público regular as diversões e espetáculos públicos, informando a faixa etária a que se destinam – a que são recomendados -, e, estabelece que a criança e o adolescente devem **ter acesso a diversões e espetáculos públicos classificados como adequados a sua faixa etária.**

Tais regras visam à preservação da integridade física e moral de crianças e adolescentes, considerada a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, evitando que tenham seus direitos violados pela forma de execução de atividades culturais e de diversão.

É nesse contexto que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite ao magistrado da infância e juventude regular o acesso e a permanência de crianças e adolescentes a bailes, promoções dançantes, boate ou congêneres, podendo inclusive proibir o acesso a determinados ambientes.

Com o advento da “Constituição Cidadã”, deu-se início à transfiguração do instituto da portaria judicial regulamentadora, notadamente com a mudança do paradigma da situação “irregular do menor” para o da “proteção integral à criança e ao adolescente”, que fez com que crianças e adolescentes fossem considerados sujeitos de direitos, e não mais objetos da intervenção do Estado, e estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões judiciais fossem devidamente fundamentadas. Justamente para evitar o cometimento de abusos por parte dos Poderes constituídos, não mais se concebeu pudesse a autoridade judiciária, agindo apenas com base em seu “prudente arbítrio”, tolher direitos de cidadãos, especialmente de crianças e/ou adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que substituiu o Código de Menores, optou pela manutenção em seu texto do instituto da portaria judicial regulamentadora/disciplinadora, conciliando o instituto com a nova orientação constitucional, de modo a torná-la verdadeiro produto do poder jurisdicional, e não “legiferante”, da autoridade judiciária competente.

O art. 149 da Lei n. 8.069/90 procurou limitar as hipóteses em que a autoridade judiciária detém competência para expedição de portarias ou alvarás. Nesse contexto, não há mais lugar para práticas arbitrárias de outrora, como os famigerados “toques de recolher” comuns da época do revogado Código de Menores.

A bem da verdade, os guardiões da integridade física, mental, moral e psicológica de crianças e adolescentes são seus responsáveis legais, razão pela qual tem se entendido que, estando acompanhados do responsável legal, não existiria, *a priori*, descumprimento ao disposto na lei. Tal ordem de argumentos é, inclusive, lembrada como razão fundante da Portaria n. 91/2018 deste Juízo, *in verbis*: “**CONSIDERANDO que compete acima de tudo aos pais ou responsáveis, e não à autoridade judiciária, educar e estabelecer limites às crianças e adolescentes, o que compreende o controle do horário de permanência fora de casa, bem como o controle sobre as companhias e locais que podem frequentar**”.

Entretanto, não se olvida que existem hipóteses que extrapolam o poder-dever inerente ao poder familiar, hipóteses em que os responsáveis legais não são os mais qualificados a estabelecer o que

é realmente melhor para criança/adolescente e acontecimentos verificados em espaços de eventos que fogem ao controle dos pais. Há ainda casos em que, mesmo acompanhados dos responsáveis, a programação apresentada não é recomendada a crianças e adolescentes. Nestas hipóteses, a exemplo do que ocorre nas chamadas *raves*, não pode o Poder Judiciário deixar ao alvedrio dos pais decidir se tais festas são prejudiciais aos filhos, tendo em vista os notórios efeitos maléficos destes eventos.

A respeito do tema, cumpre transcrever importantes constatações de ABREU, Carolina de Camargo (“Experiência *rave*: entre o espetáculo e o ritual”. Tese de doutorado. Curso de Antropologia da Universidade de São Paulo – USP, 2011. 240 p.):

As primeiras *raves* no Brasil aconteceram em meados dos anos 1990, reunindo principalmente estrangeiros e brasileiros que acabavam de voltar de férias ou temporadas no exterior. Realizadas em lugares criteriosamente escolhidos e preparados, as *raves* se estendem por mais de quatorze horas consecutivas, movidas a música eletrônica e psicoativos, tipicamente *ecstasy*. Esse peculiar modo de festejar parece ter encontrado por aqui terreno fértil, pois, desde o início do século XXI, o Brasil é um dos Países com maior número de *raves* e festivais ao redor do mundo (p. 28)

Importa registrar que há dois períodos diferentes no consumo dessas substâncias: (1) os anos 90 do século XX, quando aqueles que ouviam e dançavam música eletrônica no Brasil representavam um restrito agrupamento que se formava geralmente nas *raves*, quando o *ecstasy* foi conhecido como a “droga do amor”; e (2) a primeira década do século XXI, quando o *ecstasy* passou a ser chamado de “droga recreativa”, e a maioria dos diferentes agrupamentos de jovens urbanos passou a organizar suas “baladas” noturnas com trilhas de músicas eletrônicas. Há diferenças fundamentais entre as esporádicas *raves* ilegais de meados dos anos 1990, consideradas festas *underground*, e os grandes eventos regulares de final de semana que chegam a reunir quinze mil pessoas e oferecem equipamentos de parques de diversões. No Brasil, eventos como estes últimos já não são nem mais chamados de *raves*; num movimento em prol de sua legalização, preferem a denominação “festas *open air*”, com o que pretendem ficar descolados da imagem de território permissivo ao consumo de tráfico de “drogas” (p. 85).

Uma *rave* não é qualquer evento de música eletrônica como os que preenchem as agendas dos *clubs* das grandes cidades, que por vezes parecem-se com apresentações de *dj's* animadores de plateia ou, neste caso, e quando bem-sucedidos, de pista de dança. *Rave*, no Brasil é “festa de sítio”, tem que ser no meio do mato ou numa praia deserta. Cria instalação em espaços não ocupados pelas atividades urbanas regulares. [...] A *rave*, como festa, cria uma “instalação”: um lugar absoluto, uma ilha, um universo paralelo (p.97).

O amanhecer é um auge e um ponto de inflexão da *rave*. Nesse momento, geralmente, muitos estão dançando, acompanham a música com apitos, gritos e com o próprio corpo, diz-se que a festa esta “bombando”. Já não é preciso se limitar a ficar sob a lona que à noite delimitava a pista, muitas pessoas dançam ao ser redor e em outros espaços. A música ainda é frenética, mas ganha alguns elementos mais melódiosos. Se o *ecstasy* está surgindo efeito, então as cores vibram, e o corpo sente um prazer imenso em dançar (p. 117).

No meio da manhã, [...] o consumo de bebida alcoólicas diminui e o consumo de água e maconha cresce. Muitos também consomem outros pedaços de *ecstasy* – divididos então, entre duas, três ou quatro pessoas -, a fim de prolongar seus efeitos (p. 119).

A intoxicação voluntária é ambivalente na *rave*: (1) ela restituiu o direito ao exercício pleno do próprio corpo (sem a autorização das autoridades jurídicas e médicas) de modo positivo, numa exploração da potência humana; por outro lado, (2) carrega como sombra o risco da “dependência química” e da alienação da vida que vulgarmente atribui-se ao “drogado” (p. 184).

Ainda que carregando “um pouco de perigo”, o liminar próprio das experiências com psicoativos, cada “droga” tem eficácias bem conhecidas pela grande maioria dos *ravers*. É um conhecimento que se desenvolve pelo

entrelaçamento de experiências e histórias contadas em redes informais dos participantes da festa, constituindo algo como uma “cultura da droga” conforme define Becker (1996). Os psicoativos são como que “assunto absorvente” (Evans- Pritchard, 1999) entre os *ravers*, fala-se sobre o assunto com interesse e liberdade peculiar: compartilha-se as experiências pessoais, as transformações pessoais, modos de usar as substâncias, conversa-se sobre modos de minimizar efeitos indesejados, conta-se piadas sobre coisas fantásticas ou idiotas que se faz quando sob efeito de uma substância, e há ainda uma proliferação de gírias sobre as posturas corporais que nomeiam com bastante precisão certos estados psico-fisiológicos desencadeados pelo consumo das substâncias (p. 185/186).

O art. 10 da Portaria n. 91/2018 desta Juízo dispõe que : ***“É proibido o ingresso e a permanência de crianças e/ou adolescentes, ainda que acompanhados de pais ou responsáveis, em quaisquer locais em que haja indícios ou suspeitas da prática de prostituição e /ou de uso de drogas, que estimulem a violência, o erotismo ou a pornografia ou que façam apologia ao uso de drogas, bebidas alcoólicas ou quaisquer outras substâncias que possam causar dependência física ou psíquica (ECA, art. 255), ficando a fiscalização a cargo do proprietário ou gerente do estabelecimento e do organizador do evento, a quem serão aplicadas as respectivas punições”***.

Veja-se que é claramente prevista no dispositivo supracitado a proibição de ingresso e permanência de crianças e/ou adolescentes, ainda que acompanhados dos pais ou responsáveis, em quaisquer locais em que haja indícios ou suspeitas da prática de uso de drogas. Neste caso, há sim indícios suficientes a concluir que o ambiente é inadequado para crianças e adolescentes.

Os fundamentos da elaboração da Portaria n. 91/2018 deste Juízo são, além de outros, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, preconizado na Constituição Federal e na Lei n. 8.069/90; o direito de crianças e de adolescentes à informação, à cultura, ao lazer, aos esportes, às diversões, aos espetáculos e produtos e serviços que respeitem a sua especial condição de pessoa em desenvolvimento; e especialmente **as peculiaridades locais**, retratadas nos relatórios técnicos operacionais da Polícia Militar de Rio Negrinho acerca dos eventos e chamados “Festivais” que ocorreram na cidade e os autos de infração administrativa lavrados pelo Oficialato da Infância e da Juventude.

Ensina NUCCI, Guilherme de Souza que o ***“Acesso infantojuvenil a diversões e espetáculos públicos: deve ser regrado, não com o objetivo de censurar ou impedir a cultura, o lazer ou mesmo a diversão, mas em perfeita harmonia com seu estágio de desenvolvimento intelectual e amadurecimento psicológico***. Crianças têm um determinado alcance para compreender o que se passa à sua volta; tal alcance é limitado pela sua idade, de modo que, conforme a situação concreta, **o que significa diversão para o adulto, pode gerar um trauma para o infante**. Até mesmo para compreender um espetáculo infantil é fundamental repetir o grau de amadurecimento da criança, pois **o normal para quem possui quatro anos pode ser exagerado para quem tem apenas dois”**.

Importante observar que, mesmo nas hipóteses em que a lei confere à Justiça da Infância e da Juventude a competência para expedir portarias e alvarás, a atividade jurisdicional deve ser exercida com a estrita observância de determinadas regras e parâmetros, sob pena de nulidade do ato respectivo. Sobre o assunto, ensina DIÁCOMO, Murilo José:

“De modo a deixar claro que a expedição de portarias e alvarás judiciais não mais está sujeita ao “prudente

arbitrio” do magistrado, mas sim deve estar calcada em elementos concretos, o art. 149, § 1º da Lei nº 8.069/90 estabeleceu a *obrigatoriedade* de o ato judicial levar em conta, dentre outros, diversos fatores expressamente relacionados – princípios que norteiam a Lei n. 8.069/90, as peculiaridades locais, a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência e habitual ao local, a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes e a natureza do espetáculo, alguns dos quais, como a “*existência de instalações adequadas*” (alínea “c”) e o “tipo de frequência habitual ao local” (alínea “d”), somente passíveis de obtenção através de realização de vistorias e *sindicâncias* prévias, [...] Tais elementos devem ser colhidos dentro de um *procedimento judicial específico*, instaurado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, Conselho Tutelar ou outro órgão ou mesmo pessoa interessada, onde apesar de a autoridade judiciária ter maiores poderes de investigação, será *imprescindível* a tomada de algumas providências e cautelas básicas: 1. a *autuação formal* do ato ou requerimento que deflagra o procedimento, de modo a torná-lo *oficial*; 2. a *perfeita identificação, qualificação e individualização* de cada um dos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (inclusive com a indicação de seus responsáveis legais); 3. a *realização de vistorias e sindicâncias* nos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (devendo para tanto contar com o concurso dos “comissários de vigilância” ou “agentes de proteção da infância e juventude”, representantes da vigilância sanitária, corpo de bombeiros, polícias civil e militar etc.), sem embargo da coleta de outras provas que entender necessárias; 4. a *intimação* do órgão do Ministério Público para acompanhar e fiscalizar todo o *trâmite procedimental*, culminando com a *emissão de parecer de mérito a seu término*; 5. a obrigatoriedade que a *decisão final* tenha a *forma de sentença*, contendo *relatório, fundamentação adequada* (em que serão levados em conta, dentre outros fatores, os itens relacionados no art. 149, § 1º, alíneas “a” a “f” da Lei nº 8.069/90) e *dispositivo*; 6. a *publicação* do ato, coma a *cientificação formal* de todos os responsáveis pelos locais e estabelecimentos atingidos pela portaria, para que possam, no prazo de 10 (dez) dias, interpor recurso de *apelação* contra tal decisão (devendo tal advertência constar do mandado respectivo)”.

É o caso dos autos. Ao contrário do que sustenta o requerente, vale repetir que a portaria disciplinadora (Portaria n. 91/2018 de Rio Negrinho) não é um ato de mera liberdade da autoridade judiciária, mas sim deve ter sua expedição justificada e fundamentada em elementos suficientes a permitir o controle de sua legalidade pelas instâncias superiores.

No exercício de tal competência, cumpre ao Juízo da Infância e Juventude, constatando que o local é impróprio à presença de crianças e/ou adolescentes, vedar o acesso, ainda que acompanhados dos responsáveis, evitando assim a lesão ou ameaça de lesão a direito.

Os fatores analisados no caso concreto que permitem concluir ser necessária o estabelecimento da vedação de acesso e permanência de crianças e adolescentes na festa em questão, nos termos do disposto § 1º, do artigo, 149, do ECA, são:

A) Princípios desta lei (ECA) – O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como regra de interpretação (artigo 6º), que se leve em conta os fins sociais a que se destina, exigências do bem comum, direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Nesse contexto, destaca-se a garantia de desenvolvimento mental, físico e moral adequado, bem como a garantia de que nenhuma criança ou adolescente será objeto de exploração, violência, crueldade ou opressão.

B) O art. 149, em seu parágrafo 1º, estabelece os fatores que deverão ser levados em conta, quando da expedição de Portarias e Alvarás. Os primeiros referem-se às **peculiaridades locais** e à existência de **instalações adequadas** – A festa/evento em questão será realizada em uma fazenda da região,

de grande extensão, sem comprovação da infraestrutura necessária para o atendimento adequado a crianças e adolescentes (segurança, saúde, etc.). Ademais, são constantes as reclamações do município no que concerne à situação de violação de direitos de crianças e adolescentes voltados para o uso de álcool e drogas, o que é corroborado pelos relatórios das operações da Polícia Militar atuante no local. Também não se pode deixar de mencionar, neste ponto, o vasto número de Termos Circunstanciados e Boletins de Ocorrência (às centenas) originários do período em que o evento ocorreu nesta cidade.

C) Tipo de frequência habitual ao local e adequação do ambiente a eventual frequência de crianças e adolescentes – Segundo apurado nos relatórios supramencionados, o consumo de drogas é generalizado, os usuários de drogas estão presentes e os organizadores não conseguem impedir o acesso de tais pessoas, nem controlar o acesso de crianças e adolescentes no local.

A partir da interpretação constitucional do direito e do reconhecimento da supremacia das disposições constitucionais atinentes à proteção da infância e da juventude, ainda que em detrimento da interpretação literal do texto da lei infraconstitucional (art. 149, ECA), no que toca à presença/ausência dos pais no evento, os tribunais tem entendido ser possível a regulamentação de acesso e permanência de crianças e adolescentes em eventos que lhes possam causar danos, conforme segue:

ECA. Portaria regulando ingresso de adolescentes a boate. **O interesse público na educação e proteção de adolescentes se sobrepõe ao interesse mercantilista do comerciante.** Mostra-se equilibrada a decisão limitativa estabelecida na Portaria, que regular situação específica. Adequada as peculiaridades locais. Inteligência do art. 149 do ECA. Recurso desprovido. (TJSC, Al n. 598015469, Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves).

Recurso de apelação. ECA. **Alvará judicial para o acesso de adolescentes em danceteria. Pleito indeferido.** Irresignação. Preliminar de decisão extra petita. No mérito, decisão baseada em suposições e laudo parcial. Inocorrência. Sentença amparada no texto legal e nas provas juntadas aos autos. **Princípio fundamental do Estatuto da Criança e do adolescente de proteção integral à criança e ao adolescente.** Análise dos fatores elencados no artigo 149, § 1º da Lei nº 8069/90. Recurso improvido. (TJPR, Apelação n. 131.515-1, de Cascavel, Rel. Juiz Idevan Lopes, 1ª Câmara Criminal, j. 13/03/2003).

Recurso de apelação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Infração administrativa (art. 249). **Descumprimento de portaria judicial que proíbe a entrada e permanência de menores de dezoito anos em eventos e promoções onde haja fornecimento de bebidas alcoólicas.** Pena de multa. Pretensão de redução ao mínimo legal. Impossibilidade em face das circunstâncias da infração e situação financeira dos condenados. Recurso desprovido. Comete infração administrativa, prevista no art. 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o agente que descumpra portaria judicial, permitindo o acesso de adolescente em evento onde é fornecida bebida alcoólica. (TJPR, Recurso de apelação n. 147.435-5, de Marialva, Rel. Juiz Renato Alves Barcellos, 2ª Câmara Criminal, j. 1º/07/2004).

CONSTITUCIONAL E CIVIL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **ALVARÁ JUDICIAL. ACESSO E PERMANÊNCIA DE JOVENS ENTRE 16 E 18 ANOS DE IDADE EM EVENTO DE MÚSICA ELETRÔNICA CONDICIONADOS AO ACOMPANHAMENTO DE PAIS OU RESPONSÁVEIS LEGAL.** APELO DA PRODUTORA DO EVENTO. PRETENDIDA LIBERAÇÃO DA PRESENÇA DOS JOVENS MEDIANTE SIMPLES APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO DE IDENTIDADE. IMPOSSIBILIDADE. FESTA COM CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DE RAVE. LONGO TEMPO DE DURAÇÃO. VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. ALTA INCIDÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS EM EVENTOS DA MESMA NATUREZA. CAUTELA NECESSÁRIA. PRESTÍGIO DA TEORIA DA

PROTEÇÃO INTEGRAL (ECA, ART. 18). CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (CF, ART. 227). SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. **Se o evento reúne características hodiernamente associadas às festas do tipo rave, revela-se salutar que o acesso e a permanência do jovem entre 16 e 18 anos de idade sejam condicionados ao acompanhamento dos pais ou responsável legal, mormente em obediência ao insculpido no artigo 227 da Constituição Federal e ao Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente, consagrado no art. 18 da Lei n. 8.069/90.** (TJSC, Apelação Cível n. 2009.043707-7, de Xanxerê, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 03-09-2009) grifou-se (*mutatis mutandis*).

AUTO DE INFRAÇÃO – MENORES DE IDADE – PERMANÊNCIA EM EVENTOS – PROIBIÇÃO POR PORTARIA DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – MULTA – POSSIBILIDADE. Restando comprovada a permanência de menores em bailes noturnos, conduta proibida por Portaria baixada pelo Juizado da Infância e da Juventude, o responsável pelo estabelecimento comercial pode ser condenado ao pagamento de multa, nos termos do art. 249 da Lei 8.069/90. (TJ-MG 107200100201650011 MG 1.0720.01.002016-5/001(1), Relator: EDUARDO ANDRADE, Data de Julgamento: 17/05/2005, Data de Publicação: 10/06/2005) grifou-se.

Juizado da Infância e da Juventude. Portaria. **Proibição de ingresso e participação. Festas “Raves” e “Open Bar”. Regulamentação. Homologação. Não há óbice para homologação de portaria que regulamenta a proibição de ingresso e participação de crianças e adolescentes em locais de diversões públicas impróprias à entrada, frequência e permanência do público infanto-juvenil, denominadas festas “Raves” e “Open Bar”.** (TJ-RO – PA: 00018433120118220000 Grangeia, Data de Julgamento: 25/04/2011, Conselho da Magistratura, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 11/05/2011) grifou-se.

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90) – Baile público em sociedade recreativa – ingresso de menores de 16 anos – Venda de bebidas e alcoólicas – Sujeito ativo da infração – Aplicação de advertência prevista em portaria do juízo – Inadmissibilidade. Punição com pena pecuniária prevista na lei (art. 258, do ECA). (TJSC, Apelação Criminal n. 1988.090082-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Primeira Câmara Criminal, j. 26-03-1996) grifou-se.

Fato é que, diante da supremacia do princípio constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente, ainda que em detrimento do direito de liberdade dos pais e dos poderes-deveres inerentes ao poder familiar, em várias unidades da Federação têm-se regulamentado o acesso e permanência de crianças e adolescentes em festas *raves*.

Não é possível, no caso, ater-se unicamente à interpretação literal de um dispositivo do ECA (art. 149), desconsiderando o que todo o restante do sistema jurídico impõe como dever de cuidado de crianças e adolescentes, ou ainda ignorar os elementos constantes dos autos, que permitem concluir com firmeza que crianças e adolescentes não podem frequentar esta festa *rave*, sob pena de se colocar em risco sua integridade física, moral e psicológica.

Assim, o pedido de expedição de alvará deve ser indeferido, em atenção à natureza do evento (atrações musicais predominantemente eletrônicas), ao público a que se destina (adulto) e, especialmente, ao horário em que se realizará (5 dias ininterruptos, inclusive nas madrugadas).

DISPOSITIVOS

Ante o exposto, com base no art. 227 da Constituição Federal, na doutrina da proteção integral,

nos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 10 da Portaria n. 91/2018 deste Juízo, **INDEFIRO** o pedido de expedição de alvará e determino a proibição de acesso e permanência de crianças e adolescentes na festa denominada “Adhana Festival Multicultural”, mesmo acompanhados dos responsáveis legais, considerado o elevado potencial de ameaça aos direitos assegurados na legislação.

É evidente que o descumprimento desta decisão, ou seja, a admissão de crianças/ adolescentes na festa, bem assim a venda de bebidas alcoólicas a menores ou a sua exposição ao uso de drogas, ensejará a responsabilização do realizador do evento que é o responsável pela fiscalização do local.

Sem custas.

Cientifique-se o Ministério Público.

Comunique-se à Polícia Militar, Polícia Civil, Oficial da Infância e Juventude e Conselho Tutelar, para que procedam a devida fiscalização do evento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos e providenciem-se as baixas necessárias.

Rio Negrinho, 19 de dezembro de 2018.

FABRÍCIA ALCANTARA MONDIN

Juíza de Direito

Autos nº 0900127-86.2016.8.24.0072

Ação: Ação Penal – Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Vistos etc.

Os representantes do Ministério Público ofereceram denúncia contra **ELISEU SENCA, vulgo Avatar**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Rio Azul/PR, nascido em 27/12/1985, portador da cédula de identidade n. 5.425.256, filho de Emília da Rosa Senca e Cláudio Senca, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); na forma do art. 69 do Código Penal; **JACIEL SENCA vulgo Rolex, A1, Patatá ou Nene**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Rio Azul/PR, nascido em 10/10/1988, inscrito no CPF sob o n. 070.966.969-03, filho de Emília da Rosa Senca e Cláudio Senca, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); na forma do art. 69 do Código Penal; **ADRIANO DOS SANTOS MARIANO, vulgo Mariano ou Corolla**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 10/8/1994, inscrito no CPF sob o n. 097.288.449-13, filho de Lindamir dos Santos e José Odirlei Antunes Mariano, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); na forma do art. 69 do Código Penal; **HELTON AFONSO PIFFER, vulgo Toé ou G3**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 16/1/1994, portador da cédula de identidade n. 6.515.332, filho de Sandra da Silva e Afonso César Piffer, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); na forma do art. 69 do Código Penal; **ADRIANO MORENO DA ROSA, vulgo Pixa**, brasileiro, solteiro, natural de Jaraguá do Sul/SC, nascido em 9/9/1995, inscrito no CPF sob o n. 050.290.089-00, filho de Terezinha de Fátima Moreno e João Maria da Rosa, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); e art. 180, §6º, do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal; **RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO**, brasileiro, solteiro, natural de Santos/SP, nascido em 6/1/1995, portador da cédula de identidade n.

6.443.645, filho de Sebastiana Lessedir Pedro Cláudio e Antônio João Cláudio, pelos crime dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **IZAQUE MACIEL FERNANDES, vulgo Ninho**, brasileiro, solteiro, natural de Candói/PR, nascido em 30/9/1996, portador da cédula de identidade n. 6.253.886, filho de Helena Ávila Maciel Fernandes e Ildo Fernandes, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **DANIEL ARMANDO ALVES**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Florianópolis/SC, nascido em 17/10/1997, inscrito no CPF sob o n. 096.903.789-96, filho de Rosa Maria Martins e Manoel Francisco Alves, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **LAUREANO MARCOS COSTA, vulgo Lobo ou “Lobi”**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 14/5/1996, filho de Armezina Moreira da Silveira e Antônio Costa, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); e art. 180, §6º, do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal; **JEFERSON MELLO, vulgo Jeff**, brasileiro, solteiro, natural de Balneário Camboriú/SC, nascido em 9/8/1993, filho de Angelita Mello, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO**, brasileiro, solteiro, natural de Criciúma/SC, nascido em 20/4/1997, inscrito no CPF sob o n. 104.547.039-29, filho de Elenita Marian de Oliveira e Claudemir Alves Leandro, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **JOILSON RANGEL DE LIMA JÚNIOR**, brasileiro, solteiro, natural de Camboriú/SC, nascido em 11/11/1995, inscrito no CPF sob o n. 107.765.649-19, filho de Cleusa Roselindo e Joilson Rangel de Lima, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **THIEGO WILSON DA SILVA**, brasileiro, solteiro, natural de Camboriú/SC, nascido em 11/11/1995, inscrito no CPF sob o n. 107.765.649-19, filho de Cleusa Roselindo e Joilson Rangel de Lima, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n.

11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS, vulgo Catraca**, brasileiro, solteiro, natural de Chapecó/SC, nascido em 4/1/1997, inscrito no CPF sob o n. 105.796.319-40, filho de Elci Rodrigues de Bairros e Edemar Alves de Campos, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO**, brasileiro, solteiro, natural de Itajaí/SC, nascido em 25/3/1994, filho de Sandra Gonçalves e Marcos Aurélio Azevedo, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **PAULO ROBERTO MACHADO, vulgo Preto Machado**, brasileiro, solteiro, natural de Florianópolis/SC, nascido em 10/4/1997, portador da cédula de identidade n. 5.145.655, filho de Elisângela da Silva e Edoson Eleatar Machado, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA, vulgo Pokemon**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 1/1/1986, portador da cédula de identidade n. 5.559.344, filho de Rosa Machado da Silva e Lourival da Silva, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **ARTUR CARLOS PIAREZZER**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 6/7/1998, inscrito no CPF sob o n. 106.025.769-62, filho de Silvana Nunes Pereira Pianezzer e Carlos Alberto Pianezzer, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **DIVANI JOSÉ PEDROSO**, brasileiro, viúvo, natural de Palmital/PR, nascido em 7/4/1991, filho de Maria Rosa Pedroso e Zico Pedroso, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **EDGAR VITOR DA ROSA**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Guarapuava/PR, nascido em 7/5/1997, inscrito no CPF sob o n. 107.200.809-24, filho de Maria Aparecida da Rosa, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **ZELI SANTANA JÚNIOR, vulgo Dinho**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 13/11/1996, inscrito no CPF sob o n. 111.133.639-

32, filho de Solange Aparecida Pereira e Zeli Santana, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **MAYCON RAFAEL DE OLIVEIRA**, brasileiro, solteiro, natural de Curitiba/PR, nascido em 19/5/1993, filho de Márcia Pereira dos Santos e Marlon José de Oliveira, incorreu nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **CLAUDINEI MARCOS VENTURA**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 29/10/1993, inscrito no CPF sob o n. 094.528.339-39, filho de Luciana Silveira Ventura e Valdinei Ventura, pelos crimes arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; **MARCIANO MEDEIROS PAZ**, vulgo **Mutante**, brasileiro, solteiro, natural de São Lourenço do Oeste/SC, nascido em 13/11/1987, filho de Ivete Medeiros Paz, inscrito no CPF sob o n. 070.610.179-02, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes); e art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal; na forma do art. 69 do Código Penal; e **RUDIMAR FERNANDES**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Tijucas/SC, nascido em 10/2/1993, filho de Gessi Albuquerque e Severino Fernandes, portador da cédula de identidade n. 6.198.592, pelos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos (**fls. 12-27**):

DO CRIME DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA:

Em data a ser melhor apurada ao longo da instrução processual, mas, pelo menos, desde maio de 2016, no loteamento conhecido como “Sem Terra”, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, instalou-se uma organização criminosa, denominada SEM TERRA - STR, estruturalmente hierarquizada e ordenada com divisão de tarefas, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes, a exemplo do PGC, e se utiliza da prática do tráfico de drogas para a obtenção de lucro entre seus integrantes, assim como para o financiamento de outros delitos realizados pelo grupo. Além disso, instaurou um Estado de exceção nos limites do loteamento, assumindo para si a ordem e a lei na localidade, disseminando o terror entre os moradores locais que não aceitem as ordens e práticas do grupo com o emprego de grave ameaça, exercida pelo uso de armas de fogo, e violência. A obtenção da hegemonia no local é ainda facilitada pelo posicionamento geográfico e extensão reduzida do território do loteamento, terreno plano, composto de apenas duas ruas de acesso, ambas sem saída, quase que totalmente protegido, de um lado, pelo muro da empresa Portobelo e, de outro, por uma vala de aproximadamente 3m de largura, dificultando ações de policiamento ostensivo.

O nível de organização é tamanho que o grupo aplica uma divisão territorial por setores nas duas ruas que

dão acesso ao loteamento, onde se posicionam estrategicamente os olheiros, assim como em quatro pontos de venda de droga distintos, estes também postos em funcionamento segundo os turnos de trabalho previamente estabelecidos pela facção criminosa.

A organização conta com a participação de adolescentes nas mais diversas funções - como é o caso de Moisés Rosa Silveira, Samuel Felipe da Silva de Oliveira e Pedro Henrique de Oliveira Merenciano, que atuam na comunicação e venda de entorpecentes -, e também emprega arma de fogo como forma de espalhar o terror na comunidade, o que garante a perpetuidade das ações criminosas do grupo.

Nesse contexto, os denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Afonso Piffer, Adriano Moreno da Rosa, Richard Lessedir Cláudio, Izaque Maciel Fernandes, Daniel Armando Alves, Laureano Marcos Costa, Jeferson Mello, Patrick de Oliveira Leandro, Joilson Rangel de Lima Junior, Thiago Wilson da Silva, Erlando Júnior Rodrigues de Campos, Thiago Gonçalves de Azevedo, Paulo Roberto Machado, Vanderlei Lourival da Silva, Artur Carlos Piarezzer, Divani José Pedroso, Edgar Vitor da Rosa, Zeli Santana Júnior, Maycon Rafael de Oliveira, Claudinei Marcos Ventura, Marciano Medeiros Paz e Rudimar Fernandes integram a organização criminosa “SEM TERRA STR”, que realiza o tráfico de drogas na região do loteamento Sem Terra .

Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer são os líderes da organização. Eliseu responde a processo criminal pelo delito de tráfico de drogas e cumpria pena pelo crime de homicídio na Colônia Penal Agrícola de Palhoça de onde coordenava as ações do grupo com o auxílio do irmão Jaciel e também com a utilização de celular através de grupos criados no aplicativo WhatsApp. Após sair do estabelecimento prisional, em julho deste ano, passou a coordenar in loco a organização criminosa. Jaciel Senca atuava como mensageiro do irmão durante o período em que ele estava preso e também distribui drogas entre os pontos de venda. Adriano atua como tesoureiro do grupo, para quem é repassada a contabilidade realizada ao final de cada turno de trabalho. Helton decide a respeito das armas do grupo, e seu envolvimento com armamento bélico é tamanho que em 5 de agosto do corrente ano restou preso em flagrante nos autos n. 0001658-38.2016.8.24.0072, que tramitam perante a Vara Criminal da Comarca da Tijucas, justamente por portar indevidamente uma pistola Glock, calibre 9mm, de uso restrito, que estava com o carregador municiado com 17 projéteis e cuja numeração encontrava-se suprimida.

Adriano Moreno da Rosa é o responsável pela venda de drogas no turno da 1h às 7h.

Richard Lessedir Cláudio fica na função de rádio comunicador no ponto de venda de drogas no turno da 1h às 7h.

Izaque Maciel Fernandes é o responsável pela venda de drogas no turno das 7h às 13h.

Daniel Armando Alves é o responsável pela venda de drogas e prestação de contas no turno das 12h às 18h no ponto que vende exclusivamente cocaína1.

Laureano Marcos Costa é o responsável pela contenção (segurança do ponto de tráfico) no turno das 12h às 18h no ponto que vende exclusivamente cocaína.

Jeferson Mello é o responsável pela venda de drogas e prestação de contas no turno das 12h às 18h no ponto que vende as demais drogas.

Patrick de Oliveira Leandro é o responsável pela contenção e venda de drogas no turno das 12h às 18h no ponto que vende as demais drogas.

Joilson Rangel de Lima Junior é o responsável pela venda de drogas e prestação de contas no turno das 18h à 1h.

Thiago Wilson da Silva e Erlando Junior Rodrigues de Campos são os responsáveis pela contenção no turno das 18h à 1h.

Thiago Gonçalves de Azevedo² é o responsável pela venda de drogas no turno das 18h à 1h.

Paulo Roberto Machado, antigo responsável pela venda de drogas e prestação de contas no turno das 7h às 13h, é o atual responsável pela venda de drogas e prestação de contas no turno das 12h às 18h no ponto que vende as demais drogas.

Vanderlei Lourival da Silva exerce a função de rádio comunicador no ponto de venda de entorpecentes no turno das 12h às 18h no ponto que vende as demais drogas.

Artur Carlos Pianezzer exerce a função de contenção (segurança dos pontos de venda de drogas).

Divani José Pedroso, Edgar Vitor da Rosa, Zeli Santana Júnior, Maycon Rafael de Oliveira, Claudinei Marcos Ventura, Marciano Medeiros Paz e Rudimar Fernandes atuam tanto na venda de entorpecentes quanto na contenção dos pontos de venda operados pela organização.

DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO:

Em data a ser melhor apurada ao longo da instrução processual, mas, pelo menos, desde maio de 2016, no loteamento conhecido como “Sem Terra”, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, os denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Afonso Piffer, Adriano Moreno da Rosa, Richard Lessedir Cláudio, Izaque Maciel Fernandes, Daniel Armando Alves, Laureano Marcos Costa, Jeferson Mello, Patrick de Oliveira Leandro, Joilson Rangel de Lima Junior, Thiego Wilson da Silva, Erlando Junior Rodrigues de Campos, Thiago Gonçalves de Azevedo, Paulo Roberto Machado Vanderlei Lourival da Silva, Artur Carlos Piarezzer, Divani José Pedroso, Edgar Vitor da Rosa, Zeli Santana Júnior, Maycon Rafael de Oliveira, Claudinei Marcos Ventura, Marciano Medeiros Paz e Rudimar Fernandes juntamente com os adolescentes Moisés Rosa Silveira, Samuel Felipe da Silva de Oliveira e Pedro Henrique de Oliveira Merenciano, associaram-se para o fim de praticar o tráfico de drogas.

Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer são os líderes da associação. Eliseu responde a processo criminal pelo delito de tráfico de drogas e cumpria pena pelo crime de homicídio na Colônia Penal Agrícola de Palhoça de onde coordenava as ações do grupo com o auxílio do irmão Jaciel e também com a utilização de celular através de grupos criados no aplicativo WhatsApp. Após sair do estabelecimento prisional, em julho deste ano, passou a coordenar in loco a associação criada para o tráfico de drogas. Jaciel Senca atuava como mensageiro do irmão durante o período em que ele estava preso e também distribuiu drogas entre os pontos de venda. Adriano atua como tesoureiro do grupo, para quem é repassada a contabilidade realizada ao final de cada turno de trabalho. Helton decide a respeito das armas do grupo.

Os denunciados Adriano Moreno da Rosa, Richard Lessedir Cláudio, Izaque Maciel Fernandes, Daniel Armando Alves, Laureano Marcos Costa, Jeferson Mello, Patrick de Oliveira Leandro, Joilson Rangel de Lima Junior, Thiego Wilson da Silva, Erlando Junior Rodrigues de Campos, Thiago Gonçalves de Azevedo, Paulo Roberto Machado Vanderlei Lourival da Silva, Artur Carlos Piarezzer, Divani José Pedroso, Edgar Vitor da Rosa, Zeli Santana Júnior, Maycon Rafael de Oliveira, Claudinei Marcos Ventura, Marciano Medeiros Paz e Rudimar Fernandes, assim como os adolescentes já indicados, exercem a função de vendedores dos entorpecentes, de comunicação e de contenção dos pontos de venda de droga.

DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E POSSE/PORTE DE ARMA:

1. No dia 23 de junho de 2016, por volta das 22h, o denunciado Erlando Júnior Rodrigues de Campos, foi abordado pela polícia militar, na Rua Jucy dos Anjos, n. 300, logo após sair do loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC e com ele foram apreendidos 13 (treze) comprimidos de ecstasy, que contém MDA em sua fórmula³, que o denunciado tinha em depósito, transportava, trazia

consigo e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização, além de R\$ 2.909,00 (dois mil novecentos e nove reais) em espécie.

As drogas pertenciam e seriam vendidas em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

2. No dia 26 de julho de 2016, por volta das 19h15min, o denunciado Erlando Júnior Rodrigues de Campos, foi abordado pela polícia militar, na Avenida Coleira, s/n. e com ele foi apreendida uma bucha de ecstasy em pó, conforme TC de fls. 1/3, que o denunciado tinha em depósito, transportava, trazia consigo e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

3. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, por volta das 15h30min, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, adentraram na residência do denunciado Divani José Pedroso, localizada na Rua Osvaldo Argino Cordeiro, s/n., Tijucas/SC onde apreenderam, dentro do guarda roupas do quarto do denunciado, 1 (um) pacote contendo 302,3g (trezentos e dois gramas e três decigramas) de maconha⁴, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

4. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, por volta das 15h, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, adentraram na residência do denunciado Edgar Vitor da Rosa, localizada na Rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 965, Tijucas/SC onde apreenderam, 2 (duas) buchas de maconha, com massa bruta total de 3g (três gramas)⁵, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização, além de R\$ 762,00 (setecentos e sessenta e dois reais) em espécie.

Os milicianos apreenderam, também, dentro da residência, 1 (uma) munição intacta, calibre .38, de uso permitido, que o denunciado Edgar Vitor da Rosa possuía e mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa. Da mesma forma, a munição foi adquirida pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seria empregada na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa.

5. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, por volta das 14h30min, policiais civis davam cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, para a residência localizada na Rua Adriel de Menezes, n. 513 (fundos), Tijucas/SC, onde abordaram o denunciado Zeli Santana Júnior e com ele apreenderam, dentro do bolso da calça, 1 (um) recipiente plástico contendo 20 (vinte) comprimidos de ecstasy. Em um armário situado na área externa da casa foi encontrado um pé de maconha e uma sacola plástica contendo 3 (três) papélotes de cocaína, com massa bruta total de 211 (duzentos

e onze gramas), que o denunciado tinha em depósito, guardava e semeava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

6. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, por volta das 15h, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, ao passarem por um local, na Rua do Governo, s/n., Areias, Tijucas/SC, em que haviam sido previamente informados que seria um ponto de venda de crack, avistaram o denunciado Maycon Rafael de Oliveira segurando um rádio comunicador. Ao perceber a presença da polícia, o denunciado empreendeu fuga, mas foi detido logo em seguida e com ele foram apreendidos 1 (um) rádio comunicador, 2 (duas) balanças de precisão, R\$ 35,00 (trinta e cinco) reais em espécie e um torrão de crack com massa bruta total de 8g (oito gramas)⁷, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

7. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, por volta das 15h, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, ao perceberem movimentação suspeita e de fuga, partiram em perseguição ao denunciado Claudinei Marcos Ventura, logo após ele entrar na residência localizada na Rua Osvaldo Argino Cordeiro, em frente ao n. 1.042, Tijucas/SC. No local, após buscas, apreenderam dois rádios comunicadores, 1 (uma) pistola, calibre .45, 2 (dois) carregadores, doze munições calibre .458, todos de uso restrito, que o denunciado Claudinei Marcos Ventura possuía, mantinha sob sua guarda, detinha, tinha em depósito e ocultava sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Os artefatos bélicos foram adquiridos pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seriam empregados na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa.

8. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, por volta das 14h, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, receberam a informação de que um indivíduo estava portando arma de fogo e, ao perceber a presença das viaturas, havia se escondido em uma casa verde, sem número. Os policiais, então, dirigiram-se até a residência mencionada, situada na Rua Osvaldo Argino Cordeiro, Tijucas/SC, adentraram no imóvel e abordaram o denunciado Marciano Medeiros Paz, no momento em que buscava fugir pela janela. No quarto onde o denunciado estava foram apreendidos 1 (um) rádio comunicador, 1 (uma) balança de precisão, 1 (uma) bucha de cocaína, com massa bruta total de 100g (cem gramas)⁹, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

Os milicianos apreenderam, também, 1 (uma) pistola Glock, modelo G17 Gen4, calibre 9X19, n. XSZ315 com o respectivo carregador municiado com 11 munições intactas calibre 9mm, todos de uso restrito, que o denunciado Marciano Medeiros Paz possuía, mantinha sob sua guarda, detinha, tinha em depósito e ocultava sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Em seguida, Marciano Medeiros Paz franqueou acesso aos policiais até a casa dele, situada na mesma Rua Osvaldo

Argino Cordeiro, n. 4, Tijucas/SC, onde foram encontrados 1 (um) carregador Glock 9mm, com capacidade para 31 (trinta e uma) munições, municiado com 30 (trinta) munições 9mm intactas, 1 (um) carregador C-MAG Twin-Drum, BETA MAG 9mm GLOCK, com capacidade para 100 (cem) munições, municiado com 50 (cinquenta) munições 9mm intactas¹⁰, todos de uso restrito, que o denunciado possuía, mantinha sob sua guarda, detinha, tinha em depósito e ocultava sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Na residência de Marciano também foram apreendidos um rádio comunicador com carregador, um caderneta e um caderno contendo anotações sobre a contabilidade do tráfico e algumas cartas da organização criminosa PGC e 9 (nove) comprimidos de ecstasy¹¹, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa. Da mesma forma, as armas e as munições foram adquiridas pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seria empregada na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa.

Após a abordagem policial, no momento da qualificação do agente delitual, o denunciado Marciano Medeiros Paz fez uso de uma carteira nacional de habilitação em nome de Regis Roberto Baldi de Almeida, documento público falsificado, a fim de ocultar sua verdadeira identidade e impedir que os milicianos verificassem que possuía mandado de prisão em aberto por ser foragido da Colônia Penal Agrícola.

9. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, em horário a ser melhor apurado ao longo da instrução criminal, policiais civis que davam cumprimento a mandados de prisão temporária expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, prenderam o denunciado Patrick de Oliveira Leandro, na Rua do Governo, Tijucas/SC, e com ele apreenderam, 1 (um) celular Motorola branco com chip n. (48) 9667-9436, 1 (um) celular Samsung branco sem chip, R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) em espécie e 36 (trinta e seis) comprimidos de ecstasy¹², que o denunciado trazia consigo, tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

10. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, em horário a ser melhor apurado ao longo da instrução criminal, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, apreenderam na residência do denunciado Laureano Marcos Costa, situada na Rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 1.136, Tijucas/SC 1 (um) celular Samsung branco, modelo GT-S7562L, IMEI's 353391053921843 e 353392053921841 sem chip, 1 (um) celular Alcatel One Touch com chip TIM n. (48) 9820-8661, IMEI 04035002625838 e cartão de memória 4G Sacandisc, 13 (treze) micropontos de LSD e duas pedras de cocaína, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

Os milicianos apreenderam, também, dentro da residência, 1 (uma) garrucha, calibre .32, de uso permitido¹³, uma capa de colete da Polícia Militar n. KEV1282771 e duas placas balísticas (uma sem número e a outra n. KEV113122) que o denunciado Laureano Marcos Costa possuía e mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

O denunciado Laureano Marcos Costa adquiriu ou, de qualquer forma, recebeu e ocultou a capa de colete

da Polícia Militar n. KEV1282771 e duas placas balísticas (uma sem número e a outra n. KEV113122), bens do patrimônio público do Estado de Santa Catarina, em proveito próprio e da organização criminosa da qual faz parte, sabendo que se tratavam ser produto de crime, tendo em vista que, por serem artefatos bélicos e pertencerem à Polícia Militar não são de livre comércio.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa. Da mesma forma, a arma e os acessórios bélicos foram adquiridos pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seria empregada na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa.

11. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, em horário a ser melhor apurado ao longo da instrução criminal, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, apreenderam na residência do denunciado Adriano Moreno da Rosa, situada na Adriel de Menezes, n. 305, Tijucas/SC 1 (um) celular Samsung Duos branco, com chip VIVO n. 8955064733, IMEI's 369487-05-262732-6 e 369488-05-262732-4, 1 (um) celular Samsung Duos preto, com chip OI n. 895531452997456078 e chip VIVO 4G n. 89551093244, 1 (um) tablet Samsung cinza, 6 (seis) rádio comunicadores, 3 (três) coletes balísticos: um nível 2A, com número de série 3550259, número do lote 160046, marca Blinvicto e outro nível 2A, com número de série 9868210, marca Taurus, ambos com placas com carimbo Propriedade P. Sta. Catarina, 1 (um) carregador de pistola, calibre .40, e uma munição intacta, marca CBC, calibre .12, ambos de uso restrito¹⁴, que o denunciado Adriano Moreno da Rosa possuía e mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A munição e o acessório bélico foram adquiridos pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seria empregada na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa.

O denunciado Adriano Moreno da Rosa adquiriu ou, de qualquer forma, recebeu e ocultou os 3 (três) coletes balísticos: um nível 2A, com número de série 3550259, número do lote 160046, marca Blinvicto e outro nível 2A, com número de série 9868210, marca Taurus, ambos com placas com carimbo Propriedade P. Sta. Catarina, indicando que são bens do patrimônio público do Estado de Santa Catarina, em proveito próprio e da organização criminosa da qual faz parte, sabendo que se tratavam ser produto de crime, tendo em vista que, por serem artefatos bélicos e pertencerem ao Estado de Santa Catarina não são de livre comércio.

12. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, em horário a ser melhor apurado ao longo da instrução criminal, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, apreenderam na residência do denunciado Jeferson Mello, situada na Rua do Governo, n. 52, Areias, Tijucas/SC, 1 (um) celular Samsung Duos 5, R\$ 152,00 (cento e cinquenta e dois reais) em espécie e 8 (oito) comprimidos de ecstasy, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

13. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, em horário a ser melhor apurado ao longo da instrução criminal, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, apreenderam na residência do denunciado Erlando Júnior Rodrigues de Campos, situada na Rua Jucy dos Anjos, n. 300, Centro, Tijucas/SC, 2 (dois) cartões de memória, R\$ 1.550,00 (um mil quinhentos e cinquenta reais) em espécie, anotações de movimentação financeira relacionada ao tráfico,

uma carta do PGC e 5 (cinco) comprimidos de ecstasy, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.

14. Durante a operação denominada “Ragnarock”, no loteamento Sem Terra, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, no dia 6 de outubro de 2016, em horário a ser melhor apurado ao longo da instrução criminal, policiais civis que davam cumprimento a mandados de busca e apreensão expedidos nos autos n. 0900100-06.2016.8.24.0072, apreenderam na residência do denunciado Rudimar Fernandes, situada na Adriel de Menezes, n. 300, Centro, Tijucas/SC, 2 (dois) cartões de memória micro SD: um marca scandisk de 2GB e outro marca HC de 4GB, um pen drive micro SD, um tablet da marca Positivo, 1 (um) celular Samsung Duos, preto, chip TIM 4G, R\$ 976,00 (novecentos e setenta e seis reais) em espécie, um rolo de plástico filme grande e um rolo de plástico filme pequeno, 1 (uma) peteca de cocaína e 4 (quatro) buchas de maconha, que o denunciado tinha em depósito e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, para posterior comercialização.

A droga pertencia e seria vendida em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa.”

Concluiu requerendo a autuação, o registro da inicial e o recebimento da peça acusatória, com a citação dos acusados para apresentar a defesa preliminar, seguindo-se ao processamento e a condenação dos denunciados nas penas correspondentes. Ofereceu rol de testemunhas, requerendo a sua ouvida. Pediu também diligências e a conversão da prisão temporária dos indiciados em preventiva.

Acompanha a peça acusatória Procedimento Investigatório Criminal do Ministério Público (**fls. 30-690**).

Apensos, constam os autos 0900100-06.2016.8.24.0072 (Busca e apreensão e prisão temporária); 0001495-58.2016.8.24.0072 (Termo Circunstanciado do réu ERLANDO); 0001598-65.2016.8.24.0072 (Termo Circunstanciado do réu ERLANDO); 0002110-48.2016.8.24.0072 (Auto de Prisão em Flagrante do réu DIVANI); 0002111-33.2016.8.24.0072 (Auto de Prisão em Flagrante do réu EDGAR); 0002112-18.2016.8.24.0072 (Auto de Prisão em Flagrante do réu ZELI); 0002113-03.2016.8.24.0072 (Auto de Prisão em Flagrante do réu MAYCON); 0002114-85.2016.8.24.0072 (Auto de Prisão em Flagrante do réu CLAUDINEI) e 0002115-70.2016.8.24.0072 (Auto de Prisão em Flagrante do réu MARCIANO).

A prisão temporária decretada nos autos 0900100-06.2016.8.24.0072; 0002110-48.2016.8.24.0072; 0002111-33.2016.8.24.0072; 0002112-18.2016.8.24.0072; 0002113-03.2016.8.24.0072; 0002114-85.2016.8.24.0072; 0002113-03.2016.8.24.0072; 0002114-85.2016.8.24.0072 e 0002115-70.2016.8.24.0072 foi convertida em preventiva na decisão de **fls. 706-733 dos presentes** que, adotando o rito ordinário, recebeu a denúncia em **01/12/2016**, determinou a citação dos denunciados para apresentar defesa preliminar no prazo legal, a intimação dos defensores constituídos para a mesma providência e o cumprimento das diligências requeridas pelo *Parquet*.

Os longo da tramitação, foram apresentados diversos pedidos de revogação da prisão, os quais indeferidos (**fls. 964-674, 1505-1512, 1747-1761, 3209-3219, 3299-3300, 3209-3219**), bem como foram

prestadas informações em *habeas corpus* impetrados em favor dos presos e deferida a perícia nos celulares apreendidos (fl. 1828).

As defesas preliminares foram apresentadas nos autos, com nomeação de defensores dativos para os denunciados que não constituíram advogado.

Afastadas preliminares e a hipótese de absolvição sumária, foi deferido o pedido do Ministério Público para a produção antecipada de prova em relação aos acusados citados por edital e que não constituíram defensor (ADRIANO MORENO ROSA, IZAQUE MACIEL FERNANDES e RUDIMAR FERNANDES), com nomeação de defensora dativa aos mesmos (fls. 1534-1550).

Designou-se assim audiência de instrução e julgamento (fls. 1550-1556), onde foram ouvidas testemunhas de acusação às fls. 1998-2028 e 2041-2044, além daquelas por precatórias de fls. 3175.

O processo então foi cindido em relação aos réus ADRIANO MORENO DA ROSA, RUDIMAR FERNANDES e IZAQUE MACIEL FERNANDES (fls. 2045).

As testemunhas de defesa foram ouvidas às fls. 2070-2093, 3096-2108, 2120-2121, 2148-2151, bem como aquelas por precatórias (fls. 2569, 2745, 2715).

Os réus presos foram interrogados às fls. 2186, 2188, 2190, 2192, 2194, 2196, 2198, 2200, 2202, 2204, 2208, 2210, 2212, 2214, 2216, 2218, 2220, 2222 e 2224.

Pedidos de diligência foram apresentados (fls. 2171-2177, 2226, 2227-2229) e analisados (fls. 2569-2590).

Com a prisão do réu ELISEU (fls. 2784), foi designado interrogatório (fl. 2968-2970), sendo posteriormente deprecado em decisão de fls. 3104-3107 e 3112, com o acusado interrogado às fls. 3147.

E com a prisão de IZAQUE, decidiu-se pela unificação dos autos criados pela cisão (fls. 3235 e 3507), sendo o denunciado interrogado às fls. 3228-3229.

Diversos laudos periciais foram juntados (fls. 1431-1437, 1438-1444, 1764-1765, 1893-1898, 2007-2014, 2230-2232, 2275-2278, 2345-2347, 2348-2351, 2352-2356, 2357-2359, 2360-2363, 2367-2370, 2371-2380, 2381-23400, 2401-2420, 2421-2451, 2452-2489, 2490-2515, 2516-2533, 2688-2693, 2694-2710, 2757-2762, 2763-2768, 2769-2774, 2775-2780, 2795-2808, 2951-2957, 2964-2965 e 3176-3184). Em Cartório, estão depositados os CD's com as imagens extraídas a partir daquelas perícias.

Em sede de alegações derradeiras, o Ministério Público requereu, com base nas provas amealhadas aos autos, que fosse julgada “*PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia de fls. 7/29, condenando-se os acusados nos termos a seguir: Eliseu Senca nas sanções do art. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Jaciel Senca nas sanções do art. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º,*

inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Adriano dos Santos Mariano nas sanções do art. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Helton Afonso Piffer nas sanções do art. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06 c/c art. 62, inc. I, do Código Penal; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Richard Lessedir Cláudio nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal; Izaque Maciel Fernandes nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal; Daniel Armando Alves nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Laureano Marcos Costa nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03; art. 180, §6º, do Código Penal; na forma do art. 69 do Código Penal; Jeferson Mello nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Patrick de Oliveira Leandro nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Joilson Rangel de Lima Junior nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Thiego Wilson da Silva nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Erlando Junior Rodrigues de Campos nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Thiago Gonçalves de Azevedo nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Paulo Roberto Machado nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Vanderlei Lourival da Silva nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33,

caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal; Artur Carlos Piarezzer nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Divani José Pedroso nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Edgar Vitor da Rosa nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03; na forma do art. 69 do Código Penal; Zeli Santana Júnior nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Maycon Rafael de Oliveira nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; na forma do art. 69 do Código Penal; Claudinei Marcos Venturam nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03; na forma do art. 69 do Código Penal; Marciano Medeiros Paz nas sanções do art. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 16, inciso IV, da Lei 10.826/03; e art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal; na forma do art. 69 do Código Penal”.

Requeru, de outro lado, “a absolvição de Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Afonso Piffer, Richard Lessedir Cláudio, Izaque Maciel Fernandes, Daniel Armando Alves, Jeferson Mello, Patrick de Oliveira Leandro, Joilson Rangel de Lima Júnior, Thiago Wilson da Silva, Erlando Júnior Rodrigues de Campos, Thiago Gonçalves de Azevedo, Paulo Roberto Machado, Vanderlei Lourival da Silvam, Artur Carlos Pianezzer, Divani José Pedroso, Zeli Santana Júnior e Maycon Rafael de Oliveira em relação aos crimes previstos no art. 12 (por duas vezes) e no art. 16, caput (por três vezes), ambos da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal”.

Pedi, por fim, a “extração de cópias dos Laudos Periciais n. 9108.17.01921 e 9108.17.01922 e instauração de novo procedimento para apurar a prática do crime de integrar organização criminosa por Shaiane Cristina de Lima Zótico”. (fls. 3359-3496).

A defesa do réu THIAGO alegou a ausência de provas quanto a autoria do crime em relação ao denunciado. Sustentou que “as filmagens exibidas na investigação, que, segundo o Ministério Público, aparece o Thiago vendendo entorpecentes, são extremamente duvidosas”. Disse que “os policiais que prestaram depoimento afirmam que as imagens do período noturno não são nítidas e houve dificuldade no reconhecimento, tornado o acervo probatório frágil”. Aponta ainda que “na perícia do aparelho celular encontrado com o réu Thiago e juntada aos autos, não foi constatado que ele

realizava a venda de entorpecentes, armas, que compartilhava material de pedofilia, participava de organização criminosa ou praticava qualquer ato ilícito descrito na denúncia”, alegando que “não há fotos do Thiago com drogas, armas ou dinheiro”. Alega que “o caderno apreendido na residência do Thiago não contém qualquer tipo de informação que o vincule a atividade criminosa ou a suposta organização investigada, servindo apenas de anotações de valores emprestados a amigos e terceiros, bem como para contabilidade do bar onde trabalhava no período noturno”. Discorre acerca dos bons predicados pessoais do acusado e pede a absolvição pela dúvida. Alternativamente, reclama a redução da pena do tráfico com a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos e pede o apelo em liberdade (fls. 3526-3533).

A defesa do acusado IZAQUE apontou em preliminar a inépcia da inicial. No mérito, em relação ao crime de associação defende que não existem provas “o réu Izaque tenha estabelecido uma reunião estável com o premeditado objetivo de praticar condutas criminosas”. Quanto ao tráfico, aponta que “o testemunho dos policiais que atuaram na investigação, por si só não tem a força de ensejar uma condenação, uma vez que em respeito ao contraditório e a ampla defesa a prova testemunhal e até mesmo uma eventual confissão devem ser aferidas em consonância com outros elementos presentes aos autos, como assim se encontra disposto no artigo 155 do Código de processo Penal”, razão pela qual também pede a absolvição pela dúvida. E quanto ao crime de integrar organização criminosa, alega que “o Réu NÃO conhece nem nunca teve qualquer contato com os demais acusados, com exceção de um ou dois dos quais era amigo de infância”. Alternativamente, pede a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Pediu ainda a absolvição pelos delitos dos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03. Requereu ainda a fixação da pena no patamar mínimo e o apelo em liberdade (fls. 3535-3554).

A defesa dos acusados VANDERLEI, DIVANI e EDGAR também sustentou a inépcia da inicial acusatória. No mérito, defende que não existem provas suficientes contra os denunciados para lastrear uma eventual condenação. Alternativamente, pede a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, a fixação da pena no patamar mínimo e o apelo em liberdade (fls. 3555-2564).

A defesa dos réus ERLANDO e HELTON, preliminarmente, sustentaram a nulidade da denúncia e gravações anônimas. Apontam ainda nulidade pela ausência de acesso integral às investigações, assim como a nulidade da interceptação das comunicações. Destaca igualmente a nulidade dos reconhecimentos pessoais e da condução dos acusados para o interrogatório. No mérito, destaca a ausência de provas suficientes para a condenação dos acusados. Aponta que “a alegação de que o réu Helton seria um dos líderes da organização criminosa não encontra respaldo em prova alguma: não há nenhum vídeo ou foto produzido durante a investigação que tenha captado a participação do Helton na prática dos supostos delitos praticados no Loteamento Jardim Progresso” e que “com relação ao réu Erlando, o raciocínio é o mesmo: em que pese ter sido abordado em duas oportunidades distintas portando pequenas quantias de drogas, os depoimentos colhidos durante a instrução processual, em especial as declarações prestadas pela mãe do ora réu, não deixam dúvidas de que se trata tão somente de usuário de drogas”. Alternativamente, pede o reconhecimento do crime continuado com relação aos delitos previstos na Lei n. 11.343 de 2006. Requereu ainda a absolvição dos denunciados pelos crimes dos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03, nos termos da manifestação do Ministério Público (fls. 3571-3587).

A defesa dos acusados ARTHUR, JEFERSON, PAULO, RICHARD e THIEGO também defendeu em preliminar a inépcia da denúncia. No mérito, sustenta que inexistia uma organização criminosa instalada no local. Defende ainda a continuidade delitiva entre os delitos. Alega que inexistem provas suficientes nos autos para se afirmar a prática dos crimes pelo acusado ARTHUR. Defende ainda a necessidade do reconhecimento da confissão espontânea pelos acusados JEFERSON e PAULO, exceto para o crime de organização criminosa, para o qual reclama a absolvição. Quanto aos réus RICHARD e THIEGO sustenta igualmente que não existem provas suficientes para a condenação para os delitos denunciados (fls. 3607-3620).

A defesa dos acusados LAUREANO, PATRICK e CLAUDINEI sustentou que “*existem dúvidas acerca de que referidos acusados estivessem, de forma estável e permanente, associados aos demais integrantes da organização criminosa chefiada por Senca para a prática do tráfico de drogas na localidade do Jardim Progresso, bairro Areias, na cidade de Tijucas, conforme descrito na exordial acusatória*”. Pediu assim a absolvição dos acusados em relação aos crimes de integrar a organização criminosa, tráfico e associação para o tráfico (fls. 3638-3661).

A defesa de MAICON apontou inicialmente que “*às fls. 2302/2303 o Ministério Público juntou relatório técnico operacional, feito pelo centro de apoio daquele órgão, mostrando um perfil do Facebook aduzindo que Maycon teria um perfil. O perfil da rede social está com o nome de Rafael Shampoo. Todavia, Excelência, sequer a fotografia de perfil mostra similaridade com o denunciado Maycon, tratando-se de pessoa diversa do denunciado*”. No mérito, defendeu que não existem provas suficientes contra o acusado para a condenação pelo crime de integrar organização criminosa, tráfico ou mesmo associação para o tráfico. Alegou que “*se não teria sido a testemunha Adriano Correa quem efetuou a prisão do denunciado, como ele poderia afirmar o que teria com ele no momento da abordagem. Segundo o seu depoimento na fase policial (fl. 05 dos autos 0002113-03.2016.8.24.0072, os quais, vale ressaltar, não estão apensados a estes autos principais), teria o denunciado Maycon um rádio comunicador, um pacote plástico contendo mais ou menos 10 gramas de substância análoga a crack, duas balanças de precisão e um canivete que seria utilizado para cortar droga*”. Sustentou que nulidade dos depoimentos dos policiais, “*leram seus depoimentos e o boletim de ocorrência prestados na delegacia*”. Defende então a ausência de provas quanto a MAICON pelos crime de posse de arma e associação. Requeru, alternativamente, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos (fls. 3663-3673).

A defesa do denunciado JOILSON sustentou preliminarmente a inépcia da denúncia. No mérito, pediu a absolvição do acusado por ausência de provas suficientes para a condenação. Aponta ainda incompetência da policial militar para realizar investigações. Alternativamente, pede o afastamento das causas de aumento prevista na Lei de Tóxicos, a fixação da pena no patamar mínimo, o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da pena e a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 3676-3701).

A defesa do acusado ELISEU sustentou em preliminar a litispendência da acusação pelo crime de integrar organização criminosa em razão do processamento da ação penal n. 0011617-62.2013.8.24.0064. Ainda em preliminar defende a inépcia da denúncia. Também apontar nulidade da interceptação das escutas realizadas em conversas de rádio comunicador. No mérito, alega que “*na fase*

inquisitorial, mais precisamente no relatório dos agentes que conduziram à investigação policial, não há em nenhum documento ou declaração de testemunha a descrição de forma concreta de ao menos uma conduta ilícita praticada pelo Denunciado". Acrescenta que *"e este fato se repetiu na audiência de instrução e julgamento, na qual os testemunhos dos policiais militares se limitaram a relatar fatos passados, sem conexão com o caso dos autos, os antecedentes do denunciado, os crimes imputados aos codenunciados, além de enaltecer a residência e o modo de vida de Eliseu Senca"*. Sustenta que contra o réu não *"há provas da associação, do vínculo com os demais integrante da suposta Organização"*. Defende ainda o afastamento das causas de aumentos previstas nos, incs. I e VI do § 4º do art. 2º da Lei pela ausência de provas. Quanto aos crimes de tráfico e associação para o tráfico, alega igualmente que não existem elementos probatória que autorizam a condenação. Aplaudiu o pedido do Ministério Público pela absolvição do acusado pelos dos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03, nos termos da manifestação do Parquet. Alternativamente, requer que seja reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes da Lei de Tóxico (fls. 3706-3739).

A defesa dos acusados JACIEL, ADRIANO MARIANO e DANIEL igualmente pediu a absolvição dos acusados. Sustenta que JACIEL *"já não reside no município de Tijucas há mais de quatro anos. Os registros fotográficos constantes do relatório de fls. 14/223, dos autos nº 0900100-06.2016.8.24.0072, não são datados, não podendo se afirmar que são recentes"*. Alega ainda que *"as fls. 20/21 daqueles autos trazem imagens de Jaciel supostamente portando entorpecente, entretanto, tal objeto jamais foi apreendido, não podendo se presumir se tratar de drogas"*. Quanto ao crime de organização criminosa, aponta que *"nada é demonstrado nos autos. A referida operação deu proporções homéricas à suposta organização, no entanto, não houve apreensão de valores que, conforme diz a acusação, seria usado para financiar o cometimento de crimes, crimes estes que sequer são elencados, muito menos provados"*. Precisamente em relação ao acusado DANIEL aponta a inépcia da denúncia. No mérito, igualmente pede a absolvição pela ausência de provas suficientes para a condenação (fls. 3822-3831).

A defesa do acusado ZELI pediu a improcedência da denúncia, pela ausência de provas suficientes, em relação ao crime de integrar organização criminosa. Quanto a associação para o tráfico, igualmente destaca que a acusação não apresentou provas suficientes para se afirmar que o denunciado estava associado aos outros acusados para vender drogas no local. Da mesma forma sustenta que não existe elementos probatórios suficientes para demonstrar que ZELI realizava o tráfico de entorpecentes. Aplaudiu, de outro lado, o pedido do Ministério Público pela absolvição de ZELI em relação aos crimes dos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03. Alternativamente, pediu a fixação da pena em regime aberto e a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 3879-3888).

A defesa do denunciado MARCIANO igualmente pediu a absolvição do acusado pelos crimes denunciados. Ressaltou que *"em depoimento o acusado explicou em detalhes como que foi a abordagem dos Policiais à sua pessoa, relatando que em NENHUM MOMENTO estaria de posse da arma, munições e carregadores, muito menos em posse das drogas e rádio comunicador, uma vez que estaria na casa de sua SOGRA visitando sua esposa que teria acabado de dar à luz de seu filho"*. Alternativamente, pediu a desclassificação do crime de tráfico para a posse de drogas para uso ou o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos. Pede ainda

a absolvição pelo crime de posse de arma e munição e integrar organização criminosa, apontando a falta de provas para os delitos. Quanto a falsificação de documento, destaca que o denunciado não adulterou o referido papel. Alternativamente, pede a fixação da pena no mínimo legal e o regime aberto para o cumprimento da pena (fls. 3949-3972).

Após a prisão dos réus ADRIANO DOS SANTOS MARIANO (fls. 4049) e JACIEL SENCA (fls. 4066), os mesmos foram interrogados às fls. 4077 e 4078.

Intimados, o Ministério Público (fls. 4075-4076) e alguns dos defensores ratificaram as alegações finais já apresentadas (fls. 4075-4076, 4080, 4084-4088, 4090 e 4091).

Vieram-me os autos conclusos.

Relatado.

DECIDO.

Preliminares

Inépcia da denúncia

As preliminares que apontam a **inépcia da inicial** acusatória apresentam argumentos idênticos àqueles já lançados nas prévias de ELISEU, ERLANDO e HELTON e, por isso, já foram analisadas pelo juízo às fls. 1538-1542:

“Vênias, estimo que os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal estejam preenchidos em relação ao denunciado, uma vez que existe qualificação dos agentes e dos fatos criminosos. Também estão classificados e individualizados os crimes em tese perpetrados, assim como indicadas testemunhas.

Em relação a ELISEU e quanto ao crime de promover ou integrar organização criminosa, a denúncia principia afirmando que *“pelo menos, desde maio de 2016, no loteamento conhecido como “Sem Terra”, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, instalou-se uma organização criminosa, denominada SEM TERRA - STR, estruturalmente hierarquizada e ordenada com divisão de tarefas, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes, a exemplo do PGC, e se utiliza da prática do tráfico de drogas para a obtenção de lucro entre seus integrantes, assim como para o financiamento de outros delitos realizados pelo grupo”*.

Aponta ainda que o denunciado ELISEU integrava a organização criminosa que realiza o tráfico de drogas, sendo o mesmo um dos líderes daquela (organização), pois mesmo preso na Colonia Penal Agrícola de Palhoça, *“coordenava as ações do grupo com o auxílio do irmão Jaciel e também com a utilização de celular através de grupos criados no aplicativo WhatsApp”*. E que *“após sair do estabelecimento prisional, em julho deste ano, passou a coordenar in loco a organização criminosa”*.

Continua, agora em relação ao delito de associação para o tráfico, afirmando que ELISEU e os demais denunciados, além dos adolescentes referidos na peça acusatória *“associaram-se para o fim de praticar o tráfico de Drogas”, sendo que inicialmente, da Colonia Penal Agrícola de Palhoça “coordenava as ações do grupo com o auxílio do irmão Jaciel e também com a utilização de celular através de grupos criados no aplicativo WhatsApp”*. E que *“após sair do estabelecimento prisional, em julho deste ano, passou a coordenar in loco a associação criada para o tráfico de drogas”*.

Por fim, em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, ressalta a denúncia que as drogas apreendidas

com o corréu ERLANDO, nos dias 23/06/2016 e 26/07/2016 “*pertenciam e seriam vendidas em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa*”, assim como as drogas apreendidas no dia 06/10/2016 com os réus DIVANI, EDGAR, ZELI, MAYCON, MARCIANO, PATRICK, LAUREANO, JEFERSON, ERLANDO e RUDIMAR.

E em relação aos delitos de posse de arma de fogo e munição e posse de arma de fogo de uso restrito / numeração raspada, as quais apreendidas em 06/10/2016 com os denunciados EDGAR, CLAUDINEI, MARCIANO, LAUREANO e ADRIANO MORENO, a denúncia afirma que as munições e “*os artefatos bélicos foram adquiridos pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seriam empregados na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa*”.

Quanto ao ERLANDO e ao crime de promover ou integrar organização criminosa, a denúncia também afirma que “*pelo menos, desde maio de 2016, no loteamento conhecido como “Sem Terra”, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, instalou-se uma organização criminosa, denominada SEM TERRA - STR, estruturalmente hierarquizada e ordenada com divisão de tarefas, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes, a exemplo do PGC, e se utiliza da prática do tráfico de drogas para a obtenção de lucro entre seus integrantes, assim como para o financiamento de outros delitos realizados pelo grupo*”.

Sustenta também que o denunciado ERLANDO integrava a organização criminosa que realiza o tráfico de drogas, sendo o mesmo, juntamente com THIEGO, o “*responsável pela contenção no turno das 18h à 1h*”.

Agora em relação ao delito de associação para o tráfico, consta da denúncia que ERLANDO e os demais denunciados, além dos adolescentes referidos na peça acusatória “*associaram-se para o fim de praticar o tráfico de Drogas*” e que aquele exercia a função de contenção dos pontos de venda de drogas.

Em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, ressalta a denúncia que as drogas apreendidas com o denunciado dias 23/06/2016 e 26/07/2016 “*pertenciam e seriam vendidas em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa*”, assim como as drogas apreendidas no dia 06/10/2016 com os réus DIVANI, EDGAR, ZELI, MAYCON, MARCIANO, PATRICK, LAUREANO, JEFERSON, ERLANDO e RUDIMAR.

E propriamente aos delitos de posse de arma de fogo e munição e posse de arma de fogo de uso restrito / numeração raspada, as quais apreendidas em 06/10/2016 com os denunciados EDGAR, CLAUDINEI, MARCIANO, LAUREANO e ADRIANO MORENO, a denúncia afirma que as munições e “*os artefatos bélicos foram adquiridos pela associação da qual fazem parte todos os denunciados e seriam empregados na defesa territorial da associação, portanto, todos concorreram para a ação delituosa*”, ou seja, a arma seria de responsabilidade e para uso de todos os integrantes da organização criminosa.

Já em relação a HELTON, da mesma forma a denúncia afirma que “*pelo menos, desde maio de 2016, no loteamento conhecido como “Sem Terra”, situado ao lado da empresa Portobelo, nesta cidade de Tijucas/SC, instalou-se uma organização criminosa, denominada SEM TERRA - STR, estruturalmente hierarquizada e ordenada com divisão de tarefas, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes, a exemplo do PGC, e se utiliza da prática do tráfico de drogas para a obtenção de lucro entre seus integrantes, assim como para o financiamento de outros delitos realizados pelo grupo*”.

Sustenta ainda que o denunciado HELTON integrava a organização criminosa que realiza o tráfico de drogas, sendo o mesmo responsável por decidir “*a respeito das armas do grupo, e seu envolvimento com armamento bélico é tamanho que em 5 de agosto do corrente ano restou preso em flagrante nos autos n. 0001658-*

38.2016.8.24.0072, que tramitam perante a Vara Criminal da Comarca da Tijucas, justamente por portar indevidamente uma pistola Glock, calibre 9mm, de uso restrito, que estava com o carregador municiado com 17 projéteis e cuja numeração encontrava-se suprimida”.

No que toca ao delito de associação para o tráfico, afirma a exordial acusatório que HELTON e os demais denunciados, além dos adolescentes referidos na peça acusatória “associaram-se para o fim de praticar o tráfico de drogas” e que aquele “decidia a respeito das armas do grupo”.

Em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, ressalta a denúncia que as drogas apreendidas o denunciado ERLANDO, nos dias 23/06/2016 e 26/07/2016 “pertenciam e seriam vendidas em proveito da associação liderada pelos denunciados Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano e Helton Afonso Piffer, da qual fazem parte todos os denunciados e também os adolescentes, que lhe emprestaram apoio e, portanto, concorreram para a ação delituosa”, assim como as drogas apreendidas no dia 06/10/2016 com os réus DIVANI, EDGAR, ZELI, MAYCON, MARCIANO, PATRICK, LAUREANO, JEFERSON, ERLANDO e RUDIMAR.

Como se vê, a denúncia aponta a participação dos réus no cometimento dos crimes narrados (tráfico, associação para o tráfico, posse de arma, munição e porte de arma e munição), especialmente pela acusação de integrarem a organização criminosa.

Existe indicação clara da conduta delitiva dos réus ELISEU, ERLANDO e HELTON, o que permite o exercício do direito de defesa. Firmo que a denúncia não precisa fazer as demonstrações da responsabilidade dos denunciados, já que isso é próprio da apreciação da prova, quando se afirma ou não o pedido condenatório.

Adito, no mais e na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a inépcia da inicial “só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do Código de Processo Penal” (STJ, HC 129.216, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18.12.14).

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já assentou que “não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. 4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. 5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica. 6. Habeas corpus não conhecido” (STF HC 118891, Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º.9.15).

Adito que em relação aos acusados IZAQUE, VANDERLEI, DIVANI, EDGAR, DANIEL, ARTHUR, JEFERSON, PAULO ROBERTO, RICHARD, THIEGO e JOILSON a denúncia igualmente descreve as condutas delitivas imputadas aos mesmos. Basta uma breve leitura da exordial.

Por tais razões, AFASTO a preliminar invocadas pelas defesas de ELISEU, IZAQUE, DANIEL, VANDERLEI, DIVANI, EDGAR, DANIEL, ARTHUR, JEFERSON, PAULO ROBERTO, RICHARD, THIEGO e JOILSON

Investigação com base em denúncias anônimas e gravações realizadas por pessoa não identificada

Igualmente a preliminar da defesa de ERLANDO e HELTON, que se insurge quanto ao início

da investigação a partir de denúncias anônimas, assim como a gravação do vídeo realizado por pessoa não identificada, já foi objeto de manifestação destes juízo às **fls. 1543-1546**:

“**9.** A defesa do réu THIAGO (**fls. 999**), apesar de alegar que “*o indivíduo que aparece nas imagens da fl. 97 dos autos não é o Thiago*”, destacou que “*não há nos autos autorização para as filmagens realizadas, o que a tornam nulas e viciadas*”, requerendo então o desentranhamento das mesmas do processo.

DECIDO.

O pedido, evidente, não pode ser acolhido.

Primeiro, quem não se reconhece nas filmagens não teria, sequer, legitimidade para levantar algum impedimento ao uso daquelas em investigação ou processo judicial.

Antecipo que mesmo aquele legitimado para contestar as gravações, realizadas sem sua autorização ou conhecimento, não teria razão no reclamo. É que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal há muito proclamam ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial. Não se trata, no ponto, de interceptação telefônica, à qual sujeita à reserva de jurisdição (a propósito vide do **STJ - APn 644/BA, Relatora Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 15/02/2012**; do **STF - RE 583.937 QO-RG/RJ, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 18/12/2009**).

No mais, também aquele que, no caso, se identificasse nas filmagens, igualmente sequer poderia levantar o direito à intimidade ou proteção da imagem (art. 5º, inc. X da CF/88) para obstar o uso das filmagens em investigação ou processo judicial.

É que, na espécie, as filmagens foram realizadas em via pública e em um “barraco” aparentemente abandonado às margens da rua (um evidente ponto de venda de drogas), em circunstâncias inclusive que não diziam respeito à intimidade dos agentes filmados, mas à prática de crimes (tráfico de entorpecentes, porte de arma de fogo etc). Ociosa, portanto, qualquer autorização judicial, menos ainda do suposto criminoso captado nas imagens.

A doutrina é absolutamente acorde nesse sentido:

“a captação ou interceptação ambiental é viável, ainda que concretizada sem autorização do juiz, caso ocorra em ambiente público e sem que as partes demandem sigilo” (NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 254).

“não pode ser tida por ilícita a gravação de conversa ou a captação de imagem em local aberto ao público” (MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. ,São Paulo: Atlas, 2009, p. 419).

E também a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça do Estado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35, CAPUT, DA LEI 11.343/2006.). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES ARGUIDAS POR A.R. (ALINE). CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DAS FILMAGENS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS EM PRIMEIRO GRAU. FUNDAMENTOS CÔNTIDOS NA SENTENÇA NÃO ATACADOS. OFENSA AO PRÍNCIPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA COMPOSTA PELO DEPOIMENTO DOS

POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO E FILMAGENS FEITAS NO LOCAL. SUBSTRATO SUFICIENTEMENTE SEGURO A EVIDENCIAR O ÂNIMO ASSOCIATIVO, ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA AÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A. R. BUSCA A FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. O MINISTÉRIO PÚBLICO DEFENDE A ADOÇÃO DE FRAÇÃO MENOR A APLICADA DE 1/6. IMPOSSIBILIDADE. COMÉRCIO DE *CRACK*. AÇÃO REALIZADA COTIDIANAMENTE À LUZ DO DIA. MAIOR REPROVABILIDADE QUE IMPÕE A MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO FIXADA EM PRIMEIRO GRAU. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4. REGIME DE RESGATE DA PENA E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MONTANTE DA PENA E REINCIDÊNCIA. CRITÉRIOS OBJETIVOS QUE IMPEDEM O ABRANDAMENTO DA PENA. PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DE LEI. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

- A simples reiteração das preliminares apresentadas em primeiro grau sem a abordagem dos fundamentos contidos na sentença resulta em ofensa ao princípio da dialeticidade recursal.

- **A filmagem realizada em via pública com a finalidade de registrar a ação dos envolvidos não demanda autorização legal, muito menos caracteriza ofensa ao direito de imagem.**

- A simples alegação de cerceamento de defesa, sem apresentação do efetivo prejuízo, afasta a possibilidade de reconhecimento da nulidade, consoante disposição expressa no art. 563 do Código de Processo penal.

- Respondem pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006) os agentes que, monitorados por campanhas feitas por policiais, são flagrados de forma contínua e reiterada, adotando funções diversas com a finalidade de garantir o comércio de entorpecentes.

- A prova, composta por depoimentos de policiais e filmagens da ação desenvolvida pelo grupo por período de quinze dias, capaz de permitir a identificação de seu líder, dos responsáveis pela distribuição e da proteção da área pública utilizada para o comércio de entorpecentes, com evidente ânimo associativo e reiterada prática, impõe a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

- Mostra-se pertinente o aumento operado à fração de 1/6 com base no art. 42 da Lei 11.343/2006, uma vez evidenciada pelas provas o comércio de *crack* em área pública, de forma organizada e reiterada.

- Inexistindo previsão legal para o montante do aumento operado na segunda-fase da dosimetria, não se mostra desarrazoada a adoção da fração de 1/4 para o réu multirreincidente.

- Não há falar na alteração do regime da pena, bem como a sua substituição quando nem sequer preenchidos os requisitos objetivos para o conhecimento do pleito.

- O magistrado não é obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos invocados pelas parte quando resolve fundamentadamente a lide, expondo de maneira clara e precisa as razões que lhe formaram o convencimento.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovimento dos recursos.

- Recurso conhecidos e desprovidos. (TJSC. **Apelações Criminais (Réu Preso) ns. 2014.074131-2 e 2014.052140-4, de Blumenau. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. J. 28/04/2015.**) (g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE INVALIDAÇÃO DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO À REGRA DA INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. INCORRÊNCIA. MERAS ILAÇÕES DESPROVIDAS DE FUNDAMENTO JURÍDICO CAPAZ DE TORNAR NULO

O PROCEDIMENTO. **ILICITUDE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DE FILMAGENS REALIZADAS PELA POLÍCIA EM VIA PÚBLICA. PROCEDIMENTO QUE DISPENSA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA MEDIDA EM QUE NÃO CAUSA MÁCULA À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA OU À IMAGEM DOS ACUSADOS. PRELIMINARES REJEITADAS**” (TJSC, Primeira Câmara Criminal Apelação Criminal n. 2010.013239-1, Rel. Des. Rui Fortes, julgado em 14.09.2014) (g.n.).

Veja-se que em se admitindo a tese defendida pelo acusado, futuramente até os testemunhos (por supostamente exporem fatos que envolvem a “intimidade” e “imagem” do agente), ainda que de ações criminosas perpetradas, teriam que contar com a autorização prévia dos criminosos para serem expostos ao conhecimento, o que, evidente, seria um verdadeiro absurdo.

A proteção constitucional da imagem e da intimidade do cidadão não pode ser deturpada a ponto de assegurar a impunidade e fomentar a prática de delitos.

Enfim, claro que não existe nulidade na gravação de imagens de qualquer pessoa cometendo crime em via pública ou espaço aberto, sendo portanto hígida a prova produzida através das filmagens, razão pela qual **INDEFIRO o pedido de desentranhamento.**

10. Também a defesa do réu THIAGO (fls. 1003) requereu “*a oitiva do colaborador que realizou as filmagens que o Réu supostamente aparece vendendo entorpecentes*”.

DECIDO.

Estimo que o pedido, contudo, não possa ser deferido.

Parece evidente que optou-se na investigação em preservar o colaborador, diga-se, dispensando a prova testemunhal do mesmo, tanto que sequer foi identificado. Suficiente, entenderam os responsáveis pela investigação, os préstimos daquele (colaborador) que realizou parte das filmagens juntadas aos autos apensos.

E aquela prova (filmagens de fl. 458 dos autos apensos 900100-06), como já dito acima, não foi produzida sob qualquer pecha que a tornasse nula ou indigna de veracidade. Aliás, a defesa de nenhum dos denunciados imputou qualquer montagem ou adulteração, qualquer ilícito ou ilegal (tratarei do tema no item seguinte) que negasse validade àquela prova.

Ademais, penso que não é possível exigir que o cidadão que contribuiu com os trabalhos da polícia, principalmente colocando a própria vida em risco ao carregar uma câmera escondida para revelar a rotina de traficantes armados que agiam à luz do dia em via pública no seu bairro, seja exposto à obrigação de testemunhar em juízo contra uma organização criminosa, ainda que sob a garantia (pouco efetiva) de ser uma “testemunha protegida”.

Lembro o disposto no art. 14 da Lei 12.850/2013, que cuida das organizações criminosas (como no caso), o qual garante aos policiais (policiais!):

“III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito”.

Em verdade, os próprios agentes criminosos que aparecem nas imagens, alguns menores hoje em liberdade e outros denunciados (alguns inclusive foragidos), certamente sabem a identidade do colaborador e, até, poderiam arrolá-lo como testemunha.

Mas, a esta altura do desenrolar dos fatos (quase seis meses após a operação), o cidadão que colaborou com a

polícia certamente já deve ter saído às pressas da cidade (e até do Estado), dada a repercussão que o caso tomou, inclusive nas redes sociais, onde algumas fotos e filmagens que constam dos autos foram expostas.

Ainda assim, reitero, a prova que o colaborador produziu juntamente com os policiais é válida. Inexiste, por isso, qualquer justificativa posta pela defesa nos autos para identificar aquele e colocar a vida do mesmo em permanente risco, caso fosse obrigado a testemunhar contra uma organização criminoso, em tese composta por mais de vinte traficantes fartamente armados, além de outros tantos adolescentes envolvidos.

Suficiente, ao meu sentir, que todos os questionamentos e dúvidas quanto às gravações realizadas pelo colaborador sejam direcionados aos policiais que participaram da produção daquela prova.

Sobre as mesmas preliminares ainda decidi às **fls. 2574-2579**:

“**3.** Evidente que não existe qualquer ilegalidade, por manifestamente dispensável ordem judicial, na eventual captação ou gravação de conversas por rádios comunicadores de frequência aberta.

As conversas travadas em rádios comunicadores com frequência aberta (diga-se, qualquer pessoa com aparelho semelhante pode ouvi-las) não tem o sigilo assegurado pelo inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal ou tutela na Lei Federal n. 9.296/96.

Trata-se de interceptação ambiental, que no caso não é telefônica, mas onde a comunicação é captada no próprio ambiente em que produzida, ainda que sem o conhecimento dos comunicadores.

Aliás, é o que ocorre, na mesma medida, em relação às filmagens também realizadas pelo terceiro que as repassou aos policiais, e cujo pedido de desentranhamento, pela mesma suposta ilegalidade, este juízo já indeferiu nestes autos (**fls. 1543-1545**) assim:

“Primeiro, quem não se reconhece nas filmagens não teria, sequer, legitimidade para levantar algum impedimento ao uso daquelas em investigação ou processo judicial.

Antecipo que mesmo aquele legitimado para contestar as gravações, realizadas sem sua autorização ou conhecimento, não teria razão no reclamo. É que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal há muito proclamam ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial. Não se trata, no ponto, de interceptação telefônica, à qual sujeita à reserva de jurisdição (a propósito vide do STJ - APn 644/BA, Relatora Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 15/02/2012; do STF - RE 583.937 QO-RG/RJ, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 18/12/2009).

No mais, também aquele que, no caso, se identificasse nas filmagens, igualmente sequer poderia levantar o direito à intimidade ou proteção da imagem (art. 5º, inc. X da CF/88) para obstar o uso das filmagens em investigação ou processo judicial.

É que, na espécie, as filmagens foram realizadas em via pública e em um “barraco” aparentemente abandonado às margens da rua (um evidente ponto de venda de drogas), em circunstâncias inclusive que não diziam respeito à intimidade dos agentes filmados, mas à prática de crimes (tráfico de entorpecentes, porte de arma de fogo etc). Ociosa, portanto, qualquer autorização judicial, menos ainda do suposto criminoso captado nas imagens.

A doutrina é absolutamente acorde nesse sentido:

*“a captação ou interceptação ambiental é viável, ainda que concretizada sem autorização do juiz, caso ocorra em ambiente público e sem que as partes demandem sigilo” (NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 254)*

“*não pode ser tida por ilícita a gravação de conversa ou a captação de imagem em local aberto ao público*” (MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. ,São Paulo: Atlas, 2009, p. 419).

E também a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça do Estado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006.). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES ARGUIDAS POR A.R. (ALINE). CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DAS FILMAGENS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS EM PRIMEIRO GRAU. FUNDAMENTOS CONTIDOS NA SENTENÇA NÃO ATACADOS. OFENSA AO PRÍNCIPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA COMPOSTA PELO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO E FILMAGENS FEITAS NO LOCAL. SUBSTRATO SUFICIENTEMENTE SEGURO A EVIDENCIAR O ÂNIMO ASSOCIATIVO, ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA AÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A. R. BUSCA A FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. O MINISTÉRIO PÚBLICO DEFENDE A ADOÇÃO DE FRAÇÃO MENOR A APLICADA DE 1/6. IMPOSSIBILIDADE. COMÉRCIO DE *CRACK*. AÇÃO REALIZADA COTIDIANAMENTE À LUZ DO DIA. MAIOR REPROVABILIDADE QUE IMPÕE A MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO FIXADA EM PRIMEIRO GRAU. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4. REGIME DE RESGATE DA PENA E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MONTANTE DA PENA E REINCIDÊNCIA. CRITÉRIOS OBJETIVOS QUE IMPEDEM O ABRANDAMENTO DA PENA. PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DE LEI. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

- A simples reiteração das preliminares apresentadas em primeiro grau sem a abordagem dos fundamentos contidos na sentença resulta em ofensa ao princípio da dialeticidade recursal.

- **A filmagem realizada em via pública com a finalidade de registrar a ação dos envolvidos não demanda autorização legal, muito menos caracteriza ofensa ao direito de imagem.**

- A simples alegação de cerceamento de defesa, sem apresentação do efetivo prejuízo, afasta a possibilidade de reconhecimento da nulidade, consoante disposição expressa no art. 563 do Código de Processo penal.

- Respondem pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006) os agentes que, monitorados por câmeras feitas por policiais, são flagrados de forma contínua e reiterada, adotando funções diversas com a finalidade de garantir o comércio de entorpecentes.

- A prova, composta por depoimentos de policiais e filmagens da ação desenvolvida pelo grupo por período de quinze dias, capaz de permitir a identificação de seu líder, dos responsáveis pela distribuição e da proteção da área pública utilizada para o comércio de entorpecentes, com evidente ânimo associativo e reiterada prática, impõe a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

- Mostra-se pertinente o aumento operado à fração de 1/6 com base no art. 42 da Lei 11.343/2006, uma vez evidenciada pelas provas o comércio de *crack* em área pública, de forma organizada e reiterada.

- Inexistindo previsão legal para o montante do aumento operado na segunda-fase da dosimetria, não se mostra desarrazoada a adoção da fração de 1/4 para o réu multirreincidente.

- Não há falar na alteração do regime da pena, bem como a sua substituição quando nem sequer preenchidos os requisitos objetivos para o conhecimento do pleito.
- O magistrado não é obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos invocados pelas parte quando resolve fundamentadamente a lide, expondo de maneira clara e precisa as razões que lhe formaram o convencimento.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovimento dos recursos.
- Recurso conhecidos e desprovidos. (TJSC. **Apelações Criminais (Réu Preso) ns. 2014.074131-2 e 2014.052140-4, de Blumenau. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. J. 28/04/2015).** (g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE INVALIDAÇÃO DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO À REGRA DA INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. INCORRÊNCIA. MERAS ILAÇÕES DESPROVIDAS DE FUNDAMENTO JURÍDICO CAPAZ DE TORNAR NULO O PROCEDIMENTO. **ILICITUDE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DE FILMAGENS REALIZADAS PELA POLÍCIA EM VIA PÚBLICA. PROCEDIMENTO QUE DISPENSA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA MEDIDA EM QUE NÃO CAUSA MÁCULA À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA OU À IMAGEM DOS ACUSADOS. PRELIMINARES REJEITADAS** (TJSC, **Primeira Câmara Criminal Apelação Criminal n. 2010.013239-1, Rel. Des. Rui Fortes, julgado em 14.09.2014**) (g.n.).

Veja-se que em se admitindo a tese defendida pelo acusado, futuramente até os testemunhos (por supostamente exporem fatos que envolvem a “intimidade” e “imagem” do agente), ainda que de ações criminosas perpetradas, teriam que contar com a autorização prévia dos criminosos para serem expostos ao conhecimento, o que, evidente, seria um verdadeiro absurdo.

A proteção constitucional da imagem e da intimidade do cidadão não pode ser deturpada a ponto de assegurar a impunidade e fomentar a prática de delitos.

Enfim, claro que não existe nulidade na gravação de imagens de qualquer pessoa cometendo crime em via pública ou espaço aberto, sendo portanto hígida a prova produzida através das filmagens, razão pela qual INDEFIRO o pedido de desentranhamento”.

O pensamento é o mesmo: em via pública criminosos usavam rádios comunicadores para praticar delitos e monitorar os policiais. Assim, a regra genérica para proteção à intimidade e à vida privada não pode prevalecer e servir de escudo para se perpetrar ilícitos penais, como o tráfico, a associação para o tráfico e a própria integração em organização criminosa.

Por fim, igualmente inviável reconhecer a nulidade daquelas gravações pelos simples fato de os policiais militares, tal como declararam em juízo, terem adquirido outro aparelho de rádio para continuar captando a frequência e assim monitorar os criminosos que trocaram de rádio.

Oxalá tivesse nossa Comarca outros tantos valorosos policiais como esses que tiram dinheiro do próprio bolso para exercer seu *munus* e combater criminosos, mesmo com armas obsoletas e coletes vencidos disponibilizados pelo negligente Estado.

4. A alegação de nulidade pela investigação iniciar a partir de denúncias anônimas, bem como por terem sido juntadas aos autos gravações apresentadas aos policiais por terceira pessoa não identificada, é matéria a ser analisada na sentença.

Contudo, diante do requerimento defensivo pela “reconsideração” da decisão que recebeu a denúncia, ainda que inviável tal providência, antecipo a apreciação do pedido de nulidade formulado.

Como já referido na decisão que autorizou a busca e a apreensão e determinou a prisão temporária nos autos apensos 900100-06 (**fls. 254**), “*cabe à Polícia Militar, precipuamente, uma função ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º CF/88) e à Polícia Civil o exercício da polícia judiciária, além de atuação investigativa (art. 144, § 4º CF/88). No caso, a investigação é promovida pelo Ministério Público, que apenas se vale de informações repassadas pela Polícia Militar. E como se sabe, a ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigações ao Ministério Público, conforme art. 129, incs. VI e VIII da CF/88 e art. 8º, incs. II e IV § 2º da Lei Complementar n. 75/1993. Logo, não existe qualquer irregularidade na participação da Polícia Militar na investigação criminal presidida pelo Parquet, tanto mais pela Constituição Federal (e da mesma forma a Lei Federal n. 12.830/13) não prever exclusividade à Polícia Civil para apurar infrações penais*”.

Enfim, a autoridade policial tem o dever legal de proceder à averiguações de crimes tão logo tome conhecimento dos mesmos.

No caso, as informações acerca da possível identidade dos traficantes, assim como as imagens e fotografias que constam dos autos, segundo os depoimentos dos milicianos em juízo, foram apresentadas por um cidadão cuja identidade, para segurança do próprio, não restou revelada mesmo no relatório.

Não vejo qualquer violação de disposição constitucional nesse ponto.

Tanto as informações como as filmagens e fotografias apresentadas pelo cidadão aos policiais militares (infelizmente aqui chamado em tom de chacota como “herói”, mas diga-se, não pelos agentes públicos) apenas motivou a atuação os agentes da força pública. De fato, e isso é muito claro nos testigos dos policiais em juízo, a partir daquele material os policiais passaram a realizar campanhas, incursões no local e até gravações de conversas por rádios comunicadores de frequência aberta.

Realizaram também o levantamento do local, seja dos pontos de vendas de drogas nas vias públicas, seja dos possíveis locais de armazenamento de armas e drogas (tanto que indicados os alvos no pedido de busca). Também iniciaram a identificação dos envolvidos e, inclusive, a participação de cada um no tráfico e na organização criminosa.

Assim, a validade daquelas informações, tal como das filmagens e fotografias entregues aos policiais e que ensejaram a deflagração da ação penal após o cumprimento dos mandados de busca e prisão, evidente, não viola o preceito instituído no art. 5º, inc. LXIV da Constituição Federal.

Aquele material entregue aos policiais e que consta dos autos foi apenas o início de prova, o “start” para a descoberta dos crimes (tráfico, associação para o tráfico, organização criminosa) e auxílio na identificação dos criminosos. Os policiais militares, tal como está claro nos inúmeros depoimentos dos milicianos ouvidos, se empenharam para verificar a credibilidade daqueles informes.

Posteriormente, como se vê dos autos, foram compiladas (aquelas informações) e elaborado relatório pelo subcomandante do 12º Batalhão (que também prestou depoimento em juízo – **fls. 2042**), o qual foi entregue ao Ministério Público, que por sua vez prosseguiu nas investigações, diga-se, requereu a busca e apreensão e a prisão temporária dos investigados.

O Supremo Tribunal Federal, por isso, entende que “*notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal*” (STF. HC 106.152, Relª. Minª. Rosa Weber, j. 28.3.16).

Admite-se, enfim, tanto o acolhimento de denúncia anônima para o início de diligências preliminares destinadas à averiguação da veracidade material dos fatos narrados, como que aqueles elementos, ainda que produzidos na própria denúncia anônima e que ensejaram a investigação, acompanhem a própria.

O que se veda apenas é a que a persecução penal seja iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima ou nos elementos desta, o que não é a hipótese dos autos.

O relatório encaminhado ao Ministério Público pela polícia militar, insisto, não se valeu exclusivamente das filmagens e das fotos produzidas pelo terceiro denunciante não identificado, mas teve nelas o ponto de partida para o levantamento das identidades dos investigados, que inclusive foram monitorados pelos policiais, conforme constam dos depoimentos prestados em juízo”.

AFASTO então essas preliminares invocadas pela defesa ERLANDO e HELTON.

Nulidade de condução dos réus para interrogatório e reconhecimento pessoal em juízo

Também essa preliminar já foi enfrentada pelo juízo no curso do feito (fls. 2579-2581):

“5. Melhor sorte não socorre à defesa de ERLANDO e HELTON quanto ao pedido de nulidade da condução dos mesmos para interrogatório e reconhecimentos pessoais realizados durante a instrução.

Embora a matéria seja também de mérito, reitero o que já decidi anteriormente quando os mesmos requerimentos foram formulados.

Não é prerrogativa do acusado preso não comparecer em juízo, tanto mais para frustrar um reconhecimento pessoal, como inclusive realizado.

Inexiste uma situação vexatória ou que cerceie direito passivo de defesa do acusado em proceder a condução do mesmo para audiência, onde teve franco contato com seu defensor e pôde ouvir os testemunhos dos policiais como prova produzida nos autos.

Tal situação em absoluto não representa malferimento ao princípio que veda a produção de prova contra si mesmo.

A presença dos réus em juízo é impositiva, ainda que lhes seja facultado, no questionamento do mérito por ocasião do interrogatório, levantar o direito constitucional ao silêncio.

Na primeira parte do interrogatório, onde o juiz pergunta sobre a qualificação do acusado, tem o mesmo o dever de responder às perguntas, conforme inclusive já assentou o Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento da Reclamação nº 1001305-03.2016.8.24.0000 de Criciúma, relatado pelo Desembargador Carlos Alberto Civinski e julgado em 30/08/2016.

PROCESSO PENAL. RECLAMAÇÃO (ART. 243 RITJSC). AÇÃO PENAL QUE APURA A PRÁTICA DE CRIMES AMBIENTAIS. DISPENSA DA QUALIFICAÇÃO DOS ACUSADOS PREVISTA NO § 1º DO ART. 187 DO CPP COM BASE NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DIANTE DA EXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES COLHIDAS DA FASE POLICIAL. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. DIREITO AO SILÊNCIO. QUE NÃO VIGORA DURANTE A PRIMEIRA PARTE DO ATO. DADOS DOS ACUSADOS QUE FORAM COLHIDOS HÁ MAIS DE DOIS ANOS DA DATA DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE DE ATUALIZAR AS INFORMAÇÕES. ERRO DE PROCEDIMENTO QUE ACARRETOU EM TUMULTO DA ORDEM PROCESSUAL. RECLAMAÇÃO PROVIDA.

- O princípio constitucional da não autoincriminação não incide na primeira parte do interrogatório judicial, na qual o acusado deverá ser qualificado pela autoridade judiciária. A não realização dessa parte do interrogatório acarreta em erro de procedimento e indevido tumulto processual, passível de ser corrigido pela via da reclamação.

- Parecer da PGJ pela procedência da reclamação.

- Reclamação provida. (TJSC. Reclamação 1001305-03.2016.8.24.0000 de Criciúma, Primeira Câmara Criminal, relatou o Desembargador Carlos Alberto Civinski , julgado em 30/08/2016)

Aliás, a própria presença dos acusados, em interrogatório gravado pelo sistema audiovisual, é necessária para que as instâncias superiores possam também realizar o comparativo da imagem dos acusados com aquelas outras que constam dos autos, inclusive fotografias.

Nesse aspecto, tal forma de reconhecimento pessoal é meio de prova que não viola a garantia constitucional, uma vez que não demanda participação ativa do agente.

A propósito a obra de Maria Elizabete Queijo:

“Mas a tendência predominante é a de somente considerar violadora do *nemo tenetur se detegere* a prova que implique uma postura ativa do acusado. Desse modo, entende-se que as provas que impliquem intervenção corporal no acusado, nas quais se exige que este apenas ‘tolere’ a sua realização, permanecendo passivo, não violam o *nemo tenetur se detegere*. No direito nacional essa orientação também predomina, mas não se admite a execução coercitiva de provas que dependam de intervenção corporal do acusado. Desse modo, não há direito em não participar do ato do reconhecimento pessoal e, por isso, inexistente o dever de alerta sobre a aquiescência da parte na produção desse elemento probatório” (QUEIJO, Maria Elizabete. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª Ed, São Paulo, Saraiva. 2012, p. 313)

Também Eugênio Pacelli de Oliveira:

[...] Uma coisa é o controle da qualidade da prova oral (interrogatório do acusado) e a garantia de ser assegurada a ele a proteção de sua consciência moral e de sua integridade física e psíquica; outra, muito diferente, é impedir a produção de uma prova que não causa a menor afetação aos direitos fundamentais da pessoa, como parece ser o caso - estamos certos disso - do reconhecimento de pessoa” (OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pág. 503).

E no mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTES DENUNCIADOS PELA POSSÍVEL PRÁTICA DO CRIME DE TORTURA (ART. 1º, CAPUT, INCISOS I, “A”, E II, E ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 9.455/97). JUIZ QUE DEFERE PEDIDO FORMULADO PELO PARQUET DE RECONHECIMENTO PESSOAL DOS ACUSADOS A SER REALIZADO EM JUÍZO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. DIREITO NÃO ILIMITADO. MEIO DE PROVA NÃO INVASIVO, QUE PRESCINDE DE PARTICIPAÇÃO ATIVA DO AGENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

“[...] Uma coisa é o controle da qualidade da prova oral (interrogatório do acusado) e a garantia de ser assegurada a ele a proteção de sua consciência moral e de sua integridade física e psíquica; outra, muito diferente, é impedir a produção de uma prova que não causa a menor afetação aos direitos fundamentais da pessoa, como parece ser o caso - estamos certos disso - do reconhecimento de pessoa” (OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pág. 503). (TJSC. HC 2014.084069-6 de São José, Primeira Câmara Criminal, relatou o Desembargador Paulo Roberto Sartorato, julgado em 16/12/2014).”

NÃO ACOLHO, então, a preliminar invocada pela defesa ERLANDO e HELTON.

Nulidade por não ter acesso a todos os documentos da investigação.

Aqui, vênias, a defesa pretende documentos que nunca aportaram aos autos e que, por óbvio, não poderiam ser servir em prejuízo aos denunciados. São, supostamente, documentos (registros de ocorrência, relinks, anotações pessoais dos milicianos, enfim, todas as informações, ainda que informais) que teriam sido levantados ao longo do tempo pelos policiais e utilizados como parte das informações obtidas para produzir o relatório que embasou a investigação patrocinada pelo Ministério Público.

Quanto a isso já decidi às **fls. 2585-2587**:

“**10.** Em relação ao pedido de expedição de ofício ao Batalhão para juntada de “relatórios de inteligência” e “todos os documentos produzidos durante a investigação”, destaco que a documentação que fundamentou os pedidos de busca e apreensão e prisão temporária formulados pelo Ministério Público já se encontra nos autos apensos, conforme **fls. 14-248**.”

Aliás, diante da compilação das informações produzidas (conforme depoimentos dos policiais na fase judicial) e remetidas ao Ministério Público, já juntadas aos processado, parece evidente não é necessário que todos os documentos acompanhassem aquele relatório final.

Se havia ou não consistência nos elementos encartados para viabilizar os pedidos de busca e prisão, além do oferecimento da denúncia após o cumprimento daqueles, isso é matéria de prova.

O material de interesse investigativo, insisto, foi apresentado nos autos apensos e dele a defesa tem franco acesso. É dessa prova que está nos autos que o Ministério Público, os defensores e o juízo pode se valer. O que não era de interesse da investigação não está no processo, do que decorre impossível ao juízo, evidente, condenar os réus por prova inexistente. *Quod non est in actis non est in mundo*.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, já decidiu 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*” (STF. RHC 120551, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.4.14)”.
INDEFIRO o pedido de expedição de ofício ao 12º Batalhão de Polícia Militar de Balneário Camboriú para que sejam juntados os autos todos os documentos e relatórios de inteligência produzidos durante a investigação, bem como todo e qualquer documento, judicial ou extrajudicial que tenha sido produzido.

11. Da mesma forma quanto ao pedido de expedição de ofício ao Batalhão para juntada da íntegra das conversas interceptadas, registro que já foram anexadas ao processado diversas gravações realizadas pelos policiais, quando em monitoramento no local pouco antes da operação (segundo os depoimentos colhidos em juízo). São as conversas captadas pelos rádios comunicadores de frequência aberta usados pelos criminosos, conforme **fls. 458** dos autos apensos **900100-06**.

De outro lado, não é viável exigir que todas (absolutamente todas) as conversas captadas fossem gravadas. A defesa não deve reclamar uma providência (juntada aos autos de todas as gravações) não realizada na fase investigativa.

Reitero uma vez mais: o material de interesse investigativo foi apresentado nos autos. É dessa prova que o Ministério Público pode se valer. O que não era de interesse da investigação não está no processo, do que decorre impossível ao juízo, evidente, condenar os réus por prova inexistente. *Quod non est in actis non est in mundo*.

INDEFIRO o pedido de expedição de ofício ao 12º Batalhão de Polícia Militar de Balneário Camboriú para que sejam juntados os autos a íntegra das conversas interceptadas”.

AFASTO, por isso, mais essa preliminar das defesas de ERLANDO e HELTON.

Litispêndência da denúncia em relação ao réu ELISEU quanto ao processo n. 0011617-62.2013.8.24.0064

Esta preliminar igualmente não pode ser acolhida.

Quem é denunciado em outra época por determinada prática criminosa (como integrar organização criminosa), evidente, não tem um salvo conduto para perpetrar o mesmo delito em tempo futuro enquanto tramitar aquela demanda (o mesmo pensamento vale, aliás, para a coisa julgada).

Se novas provas surgiram, inclusive durante a tramitação daquela ação penal (autos autos 0011617-62.2013.8.24.0064), indicando que ELISEU continua integrando a mesma organização criminosa, mormente perpetrando outros crimes, evidente que não só pode como deve ser novamente denunciado pelo delito. Futuramente, na fase de execução de sentença, quiçá poderá até reclamar uma continuidade delitiva, ainda que igualmente possível se aventar uma habitualidade criminosa.

Mas aqui, a bem da verdade, não vejo sequer a litispêndência, já que a organização criminosa apontada nos autos é outra, ou seja, os fatos criminosos são distintos.

A organização criminosa “STR”, segundo a inicial acusatória, teria sido criada e era liderada pelo denunciado ELISEU nesta Comarca de Tijucas, com ajuda de outros três acusados (ADRIANO MARIANO, JACIEL SENCA e HELTON).

Ainda segundo a denúncia, a organização criminosa “STR” teria estreita ligação com aquela outra facção criminosa da qual o denunciado é acusado de integrar nos autos 0011617-62.2013.8.24.0064, ou seja, o PGC.

Assim, esse fato pretérito, antes de configurar litispêndência, em verdade já agrava o crime aqui denunciado, nos termos do art. 2º, §4º, inc. IV, da Lei n. 12.850/13, permitindo em tese a exasperação da pena em eventual sentença condenatória.

REJEITO, por isso, a preliminar de litispêndência.

Mérito

Crimes de posse ilegal de arma de fogo e munição e porte ilegal de arma e munição de uso restrito (art. 12, caput – por duas vezes -, e art. 16, caput – por três vezes - ambos da Lei 10.826/03)

Quanto aos crimes dos arts. 12, *caput*, e 16, *caput*, ambos da Lei 10.826/03, imputados aos réus ELISEU, JACIEL, ADRIANO, HELTON, RICHARD, IZAQUE, DANIEL, JEFERSON, PATRICK, JOILSON, THIAGO, ERLANDO, THIAGO, PAULO, VANDERLEI, ARTUR, DIVANI, ZELI e MAYCON, **ADOTO, como razão de decidir, a manifestação do Ministério Público de fls. 3492-3493:**

4. DA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE POSSE/PORTE DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO/RESTRITO (arts. 12 e 16, ambos da Lei n. 10.826/03) PARA ALGUNS DOS RÉUS:

No que tange aos crimes de posse/porte ilegal de arma de fogo de uso permitido/restrito, o Ministério Público requer a absolvição de Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Afonso Piffer, Richard Lessedir Cláudio, Izaque Maciel Fernandes, Daniel Armando Alves, Jeferson Mello, Patrick de Oliveira Leandro, Joilson Rangel de Lima Júnior, Thiego Wilson da Silva, Erlando Júnior Rodrigues de Campos, Thiago Gonçalves de Azevedo, Paulo Roberto Machado, Vanderlei Lourival da Silvam Artur Carlos Pianezzer, Divani José Pedroso, Zeli Santana Júnior e Maycon Rafael de Oliveira, nos seguintes termos:

Da análise da exordial acusatória (fls. 7/29), infere-se que os referidos acusados foram denunciados pelo crime previsto no art. 12 (por duas vezes) e no art. 16 (por três vezes), ambos da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal.

Porém, após uma análise minuciosa dos fatos e dos crimes pelos quais os acusados foram denunciados, denota-se que em relação a eles não é cabível a condenação pelos respectivos delitos, porquanto, caso contrário, ficaria evidenciada a hipótese de bis in idem.

Isso se deve pelo fato de que esses réus já estão sendo processados e julgados por integrarem organização criminosa com o emprego de arma de fogo e por se associarem para o tráfico, também com o emprego de arma de fogo, enquanto que durante as investigações e na operação “Ragnarok” não foram apreendidas armas ou munições com eles.

Diante disso, nada obstante que na organização criminosa e na associação para o tráfico havia o emprego de armas de fogo, não há como presumir que as armas e munições apreendidas com os outros acusados (Adriano, Edgar, Laureano, Marciano e Claudinei) estavam na posse ou na detenção dos réus acima especificados, fato este que traz dúvida quanto ao cometimento do crime de porte/posse ilegal de arma de uso permitido/restrito pelos mesmos, o que demonstra, notoriamente, que caso sejam condenados pelos aludidos crimes, seriam responsabilizados duas vezes pelo mesmo fato, qual seja: integrar organização e se associaram para o tráfico com o emprego de arma de fogo.

(...)

Destarte, por respeito ao princípio do in dubio pro reo pois não há como ter certeza da prática do crime específico e a possibilidade de ocorrência de bis in idem, conforme supramencionado, a absolvição de Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Afonso Piffer, Richard Lessedir Cláudio, Izaque Maciel Fernandes, Daniel Armando Alves, Jeferson Mello, Patrick de Oliveira Leandro, Joilson Rangel de Lima Júnior, Thiego Wilson da Silva, Erlando Júnior Rodrigues de Campos, Thiago Gonçalves de Azevedo, Paulo Roberto Machado, Vanderlei Lourival da Silvam, Artur Carlos Pianezzer, Divani José Pedroso, Zeli Santana Júnior e Maycon Rafael de Oliveira em relação aos crimes previstos no art. 12 (por duas vezes) e no art. 16 (por três vezes), ambos da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal, é a medida que pleiteia o Ministério Público.

Crime de associação para o tráfico circunstanciado (art. 35, caput, c/c art. 40, incs. IV e VI da Lei 11.343/06)

Quanto ao delito de associação para o tráfico, o crime em voga exige para a sua configuração, além de uma associação, que esta seja permanente e que o ajuste de vontades não ocorra apenas esporádica ou eventualmente.

Então, três são os requisitos básicos para configuração do delito: (i) um vínculo associativo permanente para fins criminosos, (ii) uma predisposição comum para a prática de uma série indeterminada de delitos e (iii) uma contínua vinculação entre os associados para concretização de um programa delinquencial.

Colhe-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“Associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos no arts. 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes. Em nosso entendimento, cuida-se de delito equiparado a hediondo, como os arts. 33 e 34 (antigos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76), pois a associação criminosa tem justamente essa finalidade, vale dizer, o tráfico. Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa. Nesse prisma: STJ: ‘O tipo previsto no artigo art. 35 da Lei 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos arts. 33 e 34 da norma referenciada. Indispensável, portanto, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo. II - de outro lado, **o delito de associação para o tráfico de entorpecentes é crime autônomo, sendo prescindível para sua configuração efetiva prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006**’ (REsp 1113728 - SC, 5.ª T., rel Felix Fischer, 29.09.2009, v.u.)” (**Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. Revista dos Tribunais: 2010 , p. 378-379) (g.n.).

É delito autônomo que dispensa a prática efetiva do crime que motivou a reunião.

Assim, para a caracterização da associação para o tráfico a própria apreensão do material entorpecente é irrelevante, desde que demonstrado o vínculo associativo, este “*consubstanciado na convergência de vontade dos agentes em unirem-se de modo estável e permanente, com a finalidade específica voltada para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes*”. (TJSC. Ap. Crim. n. 2010.050892-3, rela. Desa. Salette Silva Sommariva).

Nesse sentido, disserta Renato Brasileiro de Lima:

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. (...) **Como já se pronunciou o STJ, não obstante a materialidade do crime de tráfico pressuponha a apreensão da droga, o mesmo não ocorre em relação ao delito de associação para o tráfico, que, por ser de natureza formal, pode ter sua materialidade comprovada com base em outros elementos de provas, como, por exemplo, interceptações telefônicas** (CP, art. 29). (Legislação Especial Criminal Comentada, 2ª ed., Salvador: 2014, p. 754-755). (g.n.)

No caso dos autos, a materialidade do crime pode ser conferida pelo amplo acervo probatório produzido, ou seja, no relatório de **fls. 43-247**, nos depoimentos dos policiais de **fls. 2042, 1999, 2021 e 2024**, na própria apreensão de entorpecentes em quantidade e diversidade que afasta o propósito do uso próprio, nos laudos periciais das drogas apreendidas, na apreensão dos rádios comunicadores, nas perícias dos celulares apreendidos que revelaram, especialmente pelas conversas de WhatsApp, a rotina dos traficantes e cujos CD’s encontram-se depositados em Cartório, além das filmagens de **fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**.

Conforme exposto na decisão dos autos apensos 0900100-06, a qual deferiu os pedidos de busca e apreensão e decretou a prisão temporária de parte dos denunciados, há muito a localidade de Jardim Progresso é dominada por um grupo de pessoas que se associou para o tráfico de entorpecentes no local.

“3. A história do bairro Jardim Progresso, particularmente o loteamento chamado de “Sem Terra”, é amplamente conhecida e foi, inclusive, objeto de dissertação de mestrado de Gisele Carvalho na Universidade do Estado de Santa Catarina em 2014.

Com o tema “*Cidade Informal e Vulnerabilidade Socioeconômica e Civil: estudo de caso do Jardim Progresso em Tijucas/SC*”, a pesquisa é valiosa, fiel à realidade e merece ser transcrita em pontos que sobrelevam para a presente decisão:

“O município de Tijucas está situado em uma planície do litoral de Santa Catarina, às margens do rio de mesmo nome e da BR 101. **A partir da década de 80 enquanto no cenário nacional enfrentava-se inflação, desemprego, queda dos salários e conseqüentemente a proliferação de áreas ocupadas de maneira informal, no município de Tijucas surgiam os primeiros assentamentos, caracterizando áreas vulneráveis no âmbito socioeconômico e civil.** Estes locais foram denominados como Casarão no Centro, Aldeia e Pontal no bairro da Praça e **por último, surgido já na década de 90, o Jardim Progresso, mais conhecido como “Sem Terras”, no Bairro Areias.**

Localizado em terras pertencentes à União, o Jardim Progresso conta com um pouco mais de dois quilômetros de extensão e 667 lotes 1, abrigando aproximadamente 800 famílias, sendo o mais jovem e também maior assentamento existente no município. **O local é marcado pela constante presença da violência e do tráfico, caracterizando o maior problema urbano de Tijucas na atualidade.** A partir do mapa, percebe-se como o assentamento (em cinza) encontra-se fisicamente segregado do município, visto que existe apenas uma ligação entre ele e a Av. José Manoel Reis (em amarelo). **No entanto, a extensão da área que fica isolada do tecido urbano permite que este seja um local onde o tráfico se instale e permaneça “longe” dos olhos da população e do poder público, o que torna a área ainda mais vulnerável”.**

(...)

A primeira ação do novo delegado do município foi constituir uma equipe de investigação que **realizou duas grandes operações na área, a primeira um pouco antes das ondas de ataques terroristas¹⁴ no Estado, em novembro de 2012,** na qual foram apreendidas mais armas e munições que drogas de fato, tendo sido cerca de 300g de crack e 100g de maconha. **Nesta operação foram presos três integrantes da facção criminosa Primeiro Grupo de Santa Catarina (PGC) e dela participaram cerca de 80 policiais civis, provenientes da Diretoria Estadual de Investigações Criminais (DEIC), Delegacias de Polícia de Tijucas e Balneário Camboriú, 8ª DP da capital, apoio aéreo do Serviço Aeropolicial e equipe de cães.** Pedro também menciona **outra operação após a segunda onda de ataques ocorrida em fevereiro de 2013, esta operação não foi divulgada na mídia, pois a incursão ocorreu durante a madrugada, como os “cabecas” mais influentes do PGC já não estavam mais no assentamento, esta operação foi mais tranquila, não havendo trocas de tiros entre policiais e ocupantes da área,** segundo P.H.M. (POLÍCIA CIVIL, 2012).

Atualmente, ainda segundo o delegado, **há novas lideranças de segmentos diferenciados do PGC no Jardim Progresso, entretanto, estas atuam de forma diferenciada e mais velada,** não havendo o enfrentamento direto dos traficantes com a polícia e **a própria população acaba por permitir a instalação e permanência dos mesmos na área, visto que em troca de apoio estes “compram” a população em função de seus interesses, e os que se rebelam são expulsos, o que evidencia o interesse cada vez maior destes líderes de facções de ocuparem cada vez mais habitações no local para instalarem ali outros membros da facção.** O delegado destaca que anteriormente a estas operações, era praticamente impossível para carteiros, responsáveis pela coleta de lixo, e demais pessoas que fossem realizar serviços públicos no Jardim Progresso acessarem a área de maneira tranquila, porém atualmente ele afirma que isso já é possível, em função também desta maneira mais velada deste segmento da facção

agir. Complementa ainda que as ocorrências continuam sendo uma constante na área, no entanto, os motivos registrados são de menor vulto.

Ainda segundo P. H. M., **até o início do segundo semestre de 2012, o Jardim Progresso era sim a área com maior incidência de ocorrências em Tijucas, mas este ressalta que atualmente não é mais o local com maior número de homicídios**, ficando este título para o Bairro da Praça. Até o dia vinte e nove de novembro de 2012, haviam sido registrados doze homicídios no município, sendo três deles no Jardim Progresso e quatro no bairro da Praça, **e até o presente momento em 2013, há uma totalidade de quatro homicídios registrados, sendo apenas um no Jardim Progresso**, três no Bairro da Praça e um na localidade de Nova Descoberta. No entanto o Bairro da Praça é bem maior e possui mais habitantes que o Jardim Progresso. (LUIZ JÚNIOR, 2013)

Quando questionado acerca do acontecimento de rondas na área por parte da Polícia Militar, P.H.M., afirma que esta não faz rondas mais frequentes na área em função do efetivo, ou seja, há poucos policiais disponíveis, visto que o número de saídas neste trabalho, seja por aposentadoria e/ou outros motivos, é muito maior que o número de entrada de novos policiais. **Em registros mais recentes de janeiro de 2014, observa-se que a área ainda é considerada inacessível por diversos motivos, como pode ser confirmado através de documento emitido por um Oficial de Justiça (ANEXO 3) o qual afirma que “os próprios policiais militares informaram não ter condições de garantir a segurança e a integridade física dos Oficiais, pois naquele local as ruas não têm saída e os traficantes de drogas portam armas potentes em plena luz do dia.” No mesmo documento, o autor ainda afirma que outros agentes públicos não estão conseguindo desenvolver suas atividades no local há algum tempo, como o Conselho Tutelar e a Oficial de Diligência do Ministério Público.** Observa-se o medo da população do município em relação ao assentamento como uma constante. Um exemplo são as entregas de compras feitas pelos supermercados até as 18 horas e mesmo assim até determinada extensão da área. Conversas informais com moradores da área e do município também confirmaram que para entrar no Jardim Progresso com carro a noite, precisa-se estar com os vidros abertos e faróis acesos para que isto ocorra de maneira “tranquila”. Outro exemplo mais recente e pesaroso é do jovem que faleceu eletrocutado (pois dividia a energia com um vizinho através de ligação clandestina) e os atendentes do SAMU não entraram na área devido ao perigo que esta oferece, segundo notícia veiculada em mídias locais no dia 17 de março de 2014. (SOUZA, 2014).

O histórico de violência e insegurança já é uma característica do Jardim Progresso e infelizmente não parece haver uma perspectiva de melhorias e transformações neste sentido, o que alimenta o questionamento de quantos fatos como os observados nas mídias locais quase que diariamente (mortes, tiroteios, ocorrências) precisarão acontecer até que exista uma política pública eficiente no que se refere à segurança? **(disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128603>). (g.n.)**

Adito o seguinte: ainda hoje (2016) os oficiais de justiça não cumprem mandados no bairro Jardim Progresso. Tampouco assistentes sociais do Fórum e Conselheiros Tutelares ousam desenvolver seu mister.

Essa realidade, infelizmente, há muito compele os magistrados da Comarca de Tijucas a acatar as informações dos oficiais de justiça de que não dispõe de condições minimamente seguras para cumprir suas atribuições no local. Tenho, por isso, consignado nas precatórias que aportam ao juízo, cujo objeto é a citação ou intimação de residentes naquele local:

“O objeto da carta precatória é a intimação / citação de réu que reside no bairro Jardim Progresso. Existe necessidade, evidente, de cumprir o mandado naquele local. Reside aí o problema.

A localidade, também conhecida como “bairro dos Sem-Terra” (trata-se de vetusta invasão em área urbana no Município), hoje está dominada pelo tráfico de entorpecentes. À luz do dia indivíduos

circulam armados e interpelam qualquer pessoa que transitam naquelas duas ruas e inúmeros becos e vielas que as interligam, tudo em meio a um emaranhado de casas e barracos conjugados.

A área pertencia à União e mais recentemente foi doada ao Município, a fim de que seja promovida a regularização fundiária no local. Como tramitava uma ação na 2ª Vara, da qual era titular, proposta pelo Ministério Público contra o Município e que envolvia aquela invasão, conversei com o representante da Secretaria do Patrimônio da União que esteve no local para realizar o levantamento do imóvel. Passamos o constrangimento, eu e o Promotor de Justiça presente, de ouvir do servidor público federal que, quando realizava a medição da área, foi abordado no meio da tarde, juntamente com outros servidores, por indivíduos armados, os quais os revistaram, os interpelaram e determinaram, sob ameaças, que deixassem o local.

Aliás, realizamos, eu e os demais juízes e Promotores de Justiça, algumas reuniões com representantes da Prefeitura, Polícia Civil e Militar. Inclusive encaminhamos ofício ao Presidente do Eg. Tribunal de Justiça, à Corregedoria e ao Governador do Estado, expondo a situação e solicitando apoio para resolução do problema.

Como não existe mínima segurança no local, também serviços públicos como aqueles prestados pelos Agentes de Saúde do Município, ou mesmo a ambulância do SAMU, além dos Correios (os carteiros deixam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro. De lá, pelos próprios moradores, é feita a entrega), a fiscalização da Prefeitura (Vigilância Sanitária e de Obras), além do Conselho Tutelar não são prestados no lugar. Enfim, o ingresso dos servidores públicos não é permitido pelos traficantes.

Sabe-se que viaturas policiais só ingressam no local com reforço (mais de dois policiais) e, ainda assim, ocorrem vários confrontos, com troca de tiros no lugar. Aliás, se bem me lembro, um policial civil de outro Município teve a arma roubada quando cumpria diligência, sozinho, naquele local.

A questão do Jardim Progresso não é nova. Conheço aquela situação desde que as precatórias que encaminhava de Porto Belo (quando lá judicava) voltavam sem cumprimento. Além de, claro, o que já se ouvia falar em conversas com colegas magistrados, advogados, Promotores de Justiça, policiais e agentes penitenciários.

Assim, como não poderia deixar de acontecer, também o ingresso dos Oficiais de Justiça (e da Infância) de Tijucas não é franqueado. Em reiteradas ocasiões os Oficiais de Justiça foram ameaçados, algumas vezes com uso ostensivo de armas de fogo, quando tentavam dar cumprimento às ordens expedidas nesta Comarca (e não apenas pelo juízo criminal).

Claro que, impondo-se a realização do ato, seria simples a este juízo determinar que o Oficial de Justiça se fizesse acompanhar pela Polícia Militar. Ocorre que nenhum dos valorosos Oficiais (ou Assistente Social) concorda com essa determinação e nega, em nome da própria segurança, cumprir o ato naquele local. E, por conhecer a realidade do lugar, dou razão a eles.

Os Oficiais de Justiça e Assistentes Sociais trabalham na rua. Mais do que qualquer outro servidor (como juízes, promotores de justiça, chefes de cartório etc) estão expostos. O fato de cumprirem mandados acompanhados de policiais não é bom (é apenas necessário, às vezes). Terminada a diligência (quando não antes!), os policiais vão embora e os servidores continuam na rua, às vezes na rua do lado... E claro que hoje só não podem ingressar lá porque os bandidos os associam aos policiais.

Enfim, reconheço que, hoje, as residências instaladas no bairro Jardim Progresso encontram-se em lugar que pode ser considerado, pela completa falta de segurança, como local inacessível aos Oficiais de Justiça.

Por isso, para resguardar a integridade física dos Oficiais de Justiça, tenho optado em manter praxe

instituída pelos magistrados que me antecederam: antes da expedição do mandado, advogados ou o Ministério Público são instados a informarem outro endereço, mesmo comercial ou telefone de contato do réu. Se inexistem outro endereço ou telefone, é expedido AR” ao acusado para comparecer ao Cartório ou à Sala dos Oficiais de Justiça a fim de que seja cumprido o mandado.

Assim, DETERMINO que seja oficiado ao juízo com cópia da presente, tanto para que tome ciência da realidade do local onde se pretende a intimação / citação do réu e a impossibilidade do cumprimento do mandado pelo Oficial de Justiça, como para que inste o advogado ou o Ministério Público, a fim de que informem endereço alternativo ou telefone onde possa ser encontrado nesta Comarca.

Prazo de 60 (sessenta) dias”.

Acrescento que não havendo endereço alternativo, determino a expedição de AR ao endereço do intimado/ citando, a fim de que compareça ao Cartório para cumprimento do objeto da carta em balcão, com a advertência que a ausência implicará na imediata expedição de mandado de condução coercitiva pelo juízo, forte no art. 260 do Código de Processo Penal.

E ante as peculiaridades já expostas, ou seja, que o mandado de condução coercitiva não pode ser cumprido pelos Oficiais de Justiça no local, excepcionalmente tenho autorizado a condução pela Polícia Militar.

Mais.

Observo que desde 2013 não ocorrem homicídios no bairro Jardim Progresso (à exceção de um confronto entre policiais e traficantes que resultou em uma morte em 25/11/2014). De lá para cá, já foram quatro homicídios em um latrocínio em 2014, oito homicídios e um latrocínio em 2015, e só neste ano de 2016 (setembro) dez homicídios e dois latrocínios na Comarca de Tijucas. Nenhum deles no bairro Jardim Progresso.

E isso se dá, evidente, pelo completo domínio do tráfico no local, conforme se evidencia dos informativos apresentados pelo 12º Batalhão da Polícia Militar de Santa Catarina e que integram o pedido investigatório do Ministério Público.

Não fosse público e notório na Comarca, cito outros dois singelos exemplos da ousadia dos traficantes.

No início deste ano (2016) foi colocada uma faixa amarela na entrada do bairro Jardim Progresso com os seguintes dizeres: “Atenção. É proibido roubar e trazer roubo. Grato STR”. (**disponível em <http://clubeci.com/noticias/43821/>**). Pretendem os criminosos, claro, que a Polícia Militar não tenha razões para a ingressar no local, já que a cada incursão o comércio de entorpecentes é, ainda que momentaneamente, suspenso. Isso fica evidente pelos áudios juntados em CD anexo aos autos.

Mais recentemente, contudo, desavisadamente policiais militares de Blumenau (aparentemente a paisana) ingressaram no loteamento Sem Terra buscando um foragido que lá estaria homiziado. O resultado foi um quase confronto, onde os milicianos foram cercados por cinco indivíduos armados. Lograram fuga só depois de pedir reforços para Polícia Militar de Tijucas (**disponível em <http://www.vipsocial.com.br/noticia-detalle/19472/policiais-de-blumenau-sao-surpreendidos-por-bandidos-no-jardim-progresso->**).

Esse cenário permite concluir, como penso, pela premente necessidade das medidas reclamadas pelo Ministério Público, a fim de reverter a situação insustentável instalada no local, inclusive com reflexos na prestação dos mais comecinhos serviços públicos”.

Foi diante daquela situação insustentável que a Polícia Militar, com imagens gravadas por um cidadão com acesso aos criminosos (**fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), levantou informações, inclusive a identificação de parte dos delinquentes, e repassou as mesmas ao Ministério Público, que por sua vez instaurou Procedimento Investigatório Criminal e pediu a busca e apreensão

e prisão temporária de boa parte dos investigados (autos 0900100-06.2016.8.24.0072), onde cumpridos (os mandados) naquela que ficou conhecida como “**Operação Ragnarok**”.

E o resultado da operação, além das apreensões de drogas (inclusive antes da operação, conforme 0001495-58.2016.8.24.0072 - Termo Circunstanciado do réu ERLANDO e 0001598-65.2016.8.24.0072 - Termo Circunstanciado do réu ERLANDO) e armas, além de prisões em flagrante (autos 0002110-48.2016.8.24.0072 - Auto de Prisão em Flagrante do réu DIVANI; 0002111-33.2016.8.24.0072 - Auto de Prisão em Flagrante do réu EDGAR; 0002112-18.2016.8.24.0072 - Auto de Prisão em Flagrante do réu ZELI; 0002113-03.2016.8.24.0072 - Auto de Prisão em Flagrante do réu MAYCON; 0002114-85.2016.8.24.0072 - Auto de Prisão em Flagrante do réu CLAUDINEI e 0002115-70.2016.8.24.0072 - Auto de Prisão em Flagrante do réu MARCIANO), demonstra claramente a existência de um grupo criminoso formado com o nítido propósito de realizar o tráfico de entorpecentes, tendo como ponto principal de atuação as duas ruas da localidade de Jardim Progresso. Daí a denúncia ofertada pelo *Parquet*.

É possível, realmente, concluir que aquele grupo era estável e permanente, já que havia entre seus membros, alguns inclusive adrede identificados no relatório de **fls. 43-247**, uma mútua colaboração no comércio de entorpecentes.

Existia, inclusive, uma clara divisão de tarefas, como uma “escala” com horários durante o dia e a noite, ainda que muitas vezes os criminosos também exercessem mais de um função no tráfico.

Enfim, não se trata apenas de coautoria entre os diversos denunciados para a prática do tráfico, ainda que seja evidente aquela (coautoria), mas ambos em concurso material (antecipo aqui esse ponto da dosimetria). Havia um consórcio entre eles que, segundo a prova produzida, perdurava há muito na localidade.

O relatório de **fls. 43-247**, com base no levantamento realizado pelos policiais que prestaram depoimentos (**fls. 2042, 1999, 2021 e 2024**), além das imagens fornecidas aos milicianos por um cidadão (**fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), permitiu inclusive identificar parte dos traficantes associados e os respectivos pontos de vendas de drogas e horários de “trabalho” de cada um.

Assim, inicialmente cabe fazer referência ao depoimento da testemunha Eder, policial militar, onde destacou que “*em sua experiência profissional, nunca tinha visto nada tão organizado como viu no local dos fatos; Que lá percebeu que eles se dividiam em Setor 1 e Setor 2; Que tinham olheiros que avisavam o pessoal da entrada não só de policiais, mas de qualquer pessoa que adentrasse no bairro, pra evitar a surpresa para os criminosos; Que nesse momento, pediu para uma viatura entrar no local; Que constatou que a viatura da Polícia era chamada de “empilhadeira”; Que os veículos normais são “carga”, moto “meia carga”, e veículos pesados “carga pesada”; Que o drone eles chamavam de “pequeno pássaro branco”, bem como consignou “que já trabalhei como subcomandante da região continental de Florianópolis, hoje é um batalhão, lá abriga Chico Mendes, Vila Aparecida, Morro da Caixa, há uma intensa atividade criminosa, mas nada tão organizada quanto eu vi ali” (fl. 2042).*

Também o policial Eduardo referiu que “*estava na equipe que recebeu a denúncia, desde o começo, e finalizou ali na operação; Que faz parte do 12º Batalhão que engloba Tijucas até a Camboriú e*

Balneário e até Major Gercino; (...) Que nessa operação aí, iniciou quando recebeu denúncias de que o crime organizado estava instalado no Sem Terra; Que o pessoal tinha o controle das duas ruas de entrada onde ninguém entrava ali sem ser identificado; Que através de rádio comunicação, eles tinham segurança para fazer o comércio de entorpecente ali na região; Que eles andavam com arma longa pra fazer a abordagem em veículo suspeito; Que diante dessas informações, sua equipe fez uma incursão no Sem Terra onde foi visualizado alguns dos masculinos fazendo comércio e certa movimentação de veículo, visualizando, também nesta oportunidade, um masculino portando uma arma longa calibre .12; Que num primeiro momento, foi tentado uma abordagem, mas não se obteve êxito, pois eles correram”. (fl. 1999).

No mesmo sentido, o policial Jociel relatou que “no final de maio, a polícia militar recebeu uma denúncia de uma pessoa que informou que além das informações que possuía, “eles” estavam se organizando de uma maneira que estavam vendendo droga em via pública; que eles tinham pontos de olheiros; que eles tinham rádio comunicador; que eles faziam essa venda em via pública; que além de tudo isso, usando armas de fogo em via, ostensivamente, inclusive com arma longa; que isso chamou a atenção, pois tal fato não é corriqueiro no Estado; que diante dessa informação, no meio de maio, foi com uma guarnição até Tijucas e fizeram uma incursão no loteamento Jardim Progresso Sem Terra; que durante a incursão conseguiu visualizar alguns masculinos que estavam ali reunidos; que via um fluxo de carros e de pessoas; que também viu um masculino armado com uma arma calibre.12; que tentou fazer a abordagem mas não conseguiu, devido a dificuldade de percorrer a área; que não conseguiu fazer a abordagem e eles se evadiram; que passou essa informação para o seu superior; que então foi decidido que seria dado uma resposta aos cidadãos de bem daquela área” (fl. 2021).

E o policial Elves destacou que “foi até ao local realizar incursões após receber denúncias; Que chegando lá visualizou o comércio livre de entorpecentes no meio da rua; Que inclusive um dos masculinos estava com uma calibre .12 ostensivamente andando na rua; Que neste primeiro momento, não foi possível realizar a abordagem em virtude da distância, mas conseguiu constatar o fato do que realmente acontecia na localidade e confirmar as denúncias recebidas; Que diante disso foi informado ao comando do batalhão a situação”. (fl. 2024).

A afirmação dos policiais, como já dito, está bem especificada no relatório de **fls. 43-247**, além de corroborada pela própria apreensão dos entorpecentes, inclusive antes da Operação Ragnarok, conforme Termos Circunstanciados dos autos apensos 0001495-58.2016.8.24.0072 e 0001598-65.2016.8.24.0072, onde consta o encontro de drogas com ERLANDO, conforme depoimentos de **fls. 1999, 2021 e 2024**, quando o mesmo saía da localidade para realizar a entrega de entorpecentes.

Da mesma forma pelas apreensões realizadas no dia da operação, seja de entorpecentes, de diversas balanças de precisão, rádios comunicadores e anotações do tráfico, a grande maioria encontrada nas residências alvo dos mandados de busca, a exemplo das casas de ELISEU SENCA (**fl. 371**), JACIEL SENCA (**fl. 379**), ADRIANO MORENO DA ROSA (**fls. 385-386 e 393-394**), DANIEL ARMANDO (**fl. 402**), PATRICK (**fl. 405 e 409**), JEFERSON (**fl. 409**), ERLANDO (**fl. 416**), THIAGO (**fl. 422 e 427**) e RUDIMAR (**fl. 496**).

Além dessa prova, é imperioso fazer referência ao farto material encontrado nos celulares que

foram apreendidos com parte dos denunciados, e que foram periciados (**fls. 2007-2014, 2371-2380, 2381-2400, 2401-2420, 2421-2451, 2452-2489, 2516-2533, 2757-2762, 2763-2768, 2769-2774 e 2775-2780, especialmente os CD's que se encontram anexados e depositados em Cartório**).

Lá fica evidente o estreito vínculo entre a grande maioria dos acusados, revelado não apenas pelas conversas individuais e interações nas redes sociais, mas também por pertencerem aos mesmos grupos de conversas de aplicativo celular, onde o assunto do tráfico de drogas é quase sempre a tônica das conversas, e de onde se estruturavam e combinavam as atividades diárias voltadas ao comércio espúrio.

Exemplifica-se, aliás, pelo constante e reiterado uso de expressões descritas às **fl. 52**, tanto nos áudios captados dos rádios comunicadores utilizados pelos traficantes (**fls. 458 dos autos 09000100-06**) como nas mensagens encontradas nos celulares apreendidos com boa parte dos mesmos, onde os criminosos revelam possuir definições próprias para determinados locais de interesse no bairro Jardim Progresso (como a rua Osvaldo Argino Cordeiro - chamada de Setor 1, e a rua do Governo e Adriel Menezes - conhecida entre eles como Setor 2).

Tudo isso, insisto, demonstra a existência da associação entre praticamente todos os acusados, especialmente voltada para o comércio de entorpecentes. Tinham, como se vê, inclusive códigos próprios. Essa prova, destaque, será melhor apontada quando se analisar a autoria em relação a cada um dos denunciados.

Sem embargo, é possível afirmar desde já a existência desse grupo criminoso que se destinava a comercializar entorpecentes, vinte e quatro horas por dia, ininterruptamente, naquela comunidade, do que decorre a presença inquestionável de elementos apontando a existência de uma unidade associada, estável e permanente, com o fim de praticar o crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/06.

Passo então a análise individualizada da autoria dos acusados, de onde resta evidente o ânimo associativo entre alguns deles.

ELISEU SENCA, vulgo Avatar

Em que pese a negativa do denunciado exposta no interrogatório de **fls. 3147**, estimo que não subsiste mínima dúvida nos autos de que o acusado ELISEU não só estava associado com os demais para promover o tráfico de entorpecentes na localidade de Jardim Progresso, como era um dos líderes (senão o principal) daquele grupo criminoso.

ELISEU esteve preso na Colônia Penal Agrícola da Palhoça ao tempo que iniciado o monitoramento pela polícia militar na localidade de Jardim Progresso (**maio de 2016**). Cumpria pena nos autos 0002291-15.2012.8.24.0064 da Comarca de São José.

Naquele período, recebeu visitas semanais de sua esposa (**fls. 1837-1838**), a qual residia (reside) na localidade de Jardim Progresso, permitindo assim a troca de informações com o irmão JACIEL SENCA, conforme consta do relatório de **fls. 60** e do depoimento do policial Eder (**fls. 2042**).

Sem embargo, ELISEU obteve o livramento condicional em **julho de 2016**. Lá, naqueles autos, informou o endereço onde voltaria residir: Rua Adriel Menezes, 360, rua 2, bairro Jardim Progresso. Já em Tijucas, conforme consta do relatório de **fl. 60**, ELISEU passou a comandar *in loco* o tráfico de entorpecentes, segundo exposto nos depoimentos dos policiais de **fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042**:

“Que diante disso foram feitos levantamentos dos nomes; **Que o cara que comandava era Eliseu Senca, vulgo AVATAR**, que ele comandava de dentro da cadeia” (fl. 1999)

“Que conhece Eliseu Senca; Que sabe que eles tem uma divisão de hierarquias; **Que Eliseu é o maior de todos**”. (fl. 2002)

“**Que Eliseu Senca** e Jaciel Senca são os “cabeças” ali do “Sem Terra”; que nunca prendeu nenhum deles, pois como eles são os patrões, não fica nada com eles, é muita gente trabalhando na ponta; (...) **que soube que Eliseu comandava o tráfico de droga no local quando estava preso**” (fl. 2003)

“Que em relação ao levantamento sobre quem comandava isso, com denúncias por moradores, cruzamento de informações de agências de inteligência [...]; Que conseguiram levantar que quem comandava ali o “Sem Terra”, quem dava as ordens de como seria, quem venderia ...; [...] **Quem comandava isso e dava as ordens era Eliseu Senca**, conforme informações recebidas de agências de inteligência e outros relatórios; Que visualizou Eliseu num dos pontos de venda; Que não tem gravação dele; Que ele era quem comandava, passando informações por meio de sua esposa; Que não visualizou ela em nenhum ponto; Que Eliseu passava informações pelo irmão dele, que era o segundo no comando da facção, que é o Jaciel Senca, vulgo Rolex”. (fls. 2021)

“Doutor, assim ó, com relação à liderança...é...todos...é impossível eu determinar para o senhor assim todos, todos da quadrilha identificados. Tem as dificuldades geográficas, as dificuldades de logística, né, mas a grande maioria sim foi identificada. Os cabeças sim, esses nós temos certeza, foram identificados, doutor: **Eliseu Senca**, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Piffer (...) **É o Avatar**, inclusive a residência dele destaca-se das demais né... porcelanato, muito bonita, de bom gosto, totalmente monitorada por câmeras, praticamente duas em cada cômodo, já com sistema de wi-fi, blindex pra todo o canto, assim, se destoa né, se destoa, é a residência do patrão mesmo né, no meio de tudo isso né que se tem ali. Então Eliseu Senca, também conhecido como Avatar doutor (...) Existe, em certos períodos do dia, que existiam duas bocas de fumo, com três olheiros, pelo menos, e, em certos momentos, não. À noite eram menos, assim ó, eram...os olheiros permaneciam os três, só que se passava pra uma única boca de fumo, pra concentrar todo o poder de fogo e toda a vigilância sobre este local, então mudava. E mudou também quando Eliseu Senca assumiu novamente. Ele mudou as bocas. Ele mudou de local né”. (fl. 2042).

E isso fica absolutamente claro também a partir das perícias realizadas nos celulares apreendidos com os demais acusados, e onde encontrado o número do aparelho utilizado por ELISEU: **48 9631-6142**.

De fato, em um aparelho apreendido na própria casa de ELISEU (fls. 371 e 377), mas utilizado por JACIEL SENCA (com números 48 9166-0864 e 9156-6971), consta o contato “Lizel” com número 48 9631-6142, o qual integrava alguns grupos do aplicativo *WhatsApp*, sendo que também faziam parte os denunciados ADRIANO MARIANO, JEFERSON, PATRICK, MARCIANO, LAUREANO, ERLANDO, ZELI SANTANA e JACIEL.

“Lizeu” ou “Lizel”, aliás, foi o nome referido pelo denunciado JACIEL em seu interrogatório, ao referir ao irmão ELISEU (fl. 4078).

Pois bem. Naquele mesmo aparelho usado por JACIEL consta (fl. 2434) uma conversa entre este e um contato identificado como “Compadre”, onde “Compadre” encaminha uma mensagem endereçada também à ELISEU perguntando: “*o feio vc eo elizeu tem po de 30 ainda?*”, em clara referência ao comércio de cocaína (“pó”).

Ademais, aquele mesmo número 48 9631-6142 já estava referido no Relatório de fls. 43-247, encaminhado pela Polícia Militar, antes mesmo da apreensão dos aparelhos na residência do denunciado ELISEU, como sendo o celular utilizado pelo mesmo (fl. 60).

E colocando uma pá de cal sobre qualquer dúvida, observo que ELISEU encaminhou uma mensagem daquele celular 48 9631-6142 para o aparelho encontrado em sua residência e utilizado por JACIEL (48 9166-0864 e 9156-6971). Lá, ELISEU mandou sua foto conforme consta do CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2421-2451 (fls. 41 do relatório do CD)**:

[04/10/2016 19:59:54] <Lizel>: Fmz

[04/10/2016 20:27:14] <Lizel>: Bonito

[04/10/2016 20:27:16] <Lizel>: Eu ne

[04/10/2016 20:27:18] <Lizel>: Hum

[04/10/2016 20:27:21] <Lizel>: Q dis

[04/10/2016 20:28:07] <este aparelho>: Kk lindai

[04/10/2016 20:28:10] <este aparelho>: Lindão

Ademais, em um grupo de WhattsApp que trata de assuntos exclusivos da facção PGC, ELISEU encaminhou uma mensagem daquele celular 48 9631-6142 (com o contato Lizel), conforme aparelho encontrado em sua residência e utilizado por JACIEL (48 9166-0864 e 9156-6971). Lá, segundo aparece no CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2421-2451 (fls. 71 do relatório do CD)**, ELISEU se identifica a todos do grupo do PGC como “Avatar” de Tijucas, o mesmo “vulgo” que já constava do Relatório policial:

[04/10/2016 22:28:37] <Lizel>: Aqui **avata de tijuca** boa noite a totos

[04/10/2016 22:28:45] <Lizel>: todos

Também daquele grupo do PGC, aliás, faz parte o denunciado MARCIANO, que se apresenta como “Mt” (que consta dos contatos do celular de JACIEL - 48 9166-0864 e 9156-6971, também integrante daquele grupo de conversas), ou seja, a abreviação do vulgo “Mutante”, o que se tratará mais à frente quando se analisar a participação daquele na organização criminosa.

Inexiste, portanto, mínima dúvida que ELISEU fazia uso do celular n. (48 9631-6142).

E no dia 17/09/2016, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2490-2515**, ou seja, do celular de PATRICK, ELISEU (48 9631-6142 - consta como contato “A1” - vulgo, em verdade, de JACIEL) manda uma mensagem no grupo de WhattsApp do qual também faziam parte os denunciados ADRIANO MARIANO, JEFERSON, PATRICK, MARCIANO, LAUREANO, ERLANDO, ZELI SANTANA e JACIEL.

Lá, depois de ZELI SANTANA (48 9638-3548) postar uma foto às 00:12:21 de uma pistola, carregador, rádio e maços de dinheiro e ADRIANO (48 9117-9188) escrever “*fmz*” (ou seja, “tudo certo”), ELISEU posta um “*emoticon*” de alegria. No mesmo dia, JACIEL (que até o final de setembro de 2016 usava o celular n. **48 9138-6805**) manda uma foto sua (!!) dirigindo um veículo para o grupo (**fls. 1085** do relatório do laudo pericial de **fls. 2490-2515**).

ELISEU então manda a seguinte mensagem para ADRIANO MARIANO: “*suave mariano eu*

pedi para os guri desce um pouco a bocó para baicho tão la no ponto de ônibus. Só até aterde”, ou seja, se referindo ao ponto de vendas de drogas (um deles, como se vê, ficava exatamente em um ponto de ônibus – consta inclusive fotos no relatório). ADRIANO MARIANO então responde “*positivo*”. Isso bem revela a ascendência de ELISEU sobre os demais, em razão das ordens que repassava, bem como a necessidade de ciência a ADRIANO MARIANO, um dos líderes do tráfico no local.

Aliás, naquele mesmo dia (17/09/2016) ocorreu uma troca de tiros no período da tarde entre os traficantes e policiais, conforme mensagens de MARCIANO, JACIEL SENCA, ERLANDO, JEFERSON e ADRIANO MARIANO (CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2490-2515 – fls. 1086-1087**).

No mesmo sentido, dias depois (19/09/2016) ELISEU (48 9631-6142) já demonstrava tanto a associação como a organização do tráfico no local, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9820-8661), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9138-6805 – número que usava até o final de setembro de 2016).

Lá, MARCIANO questiona se no “*Galpão 1 tem radio ?*” e PATRICK diz “*bom dia rapaziada*”. JACIEL então pergunta: “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tem varios mano na fvl ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lab*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fk nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**).

Já em uma das conversas extraídas do aparelho celular de JEFERSON (laudo pericial e CD anexo – **fls. 2452-2489** - os arquivos são nomeados como PTT 20161003-WA0015 e PTT 20161003-WA0017), também consta o número do celular de ELISEU no mesmo grupo de WhatsApp. Lá, ELISEU encaminha dois áudios no dia 03/10/2016, às 10 horas da manhã, para seus comparsas traficantes com as seguintes mensagens:

“Bom começo de dia aí meus irmão.

Bá rapaziada eu vô passa uma ideia aí pros irmão aí ó, principalmente pra quem tá na **contenção** tá ligado.

Se chega a passar algum carro aqui pra trás e o contenção não vê ou alguma falha de segurança por causa desses WhatsApp aí ou Facebook vai custar muito caro pra quem tá na contenção e tá direto online.

Eu não tô falando aqui, jogando conversa fora, quem quisé abraçá a ideia abraça.

Mas quem tivé na contenção e chegá a acontecê uma falha, por causa que tava online, eu não quero saber se é responsa ou o que qui é, se tiver uma falha de algum contenção pode custar muito caro.

Então quem tivé na contenção é bom ficá esperto e pará de ficá nesses celulá aí”.

“E aqui ninguém tá vindo trazê ideia pra mim, ninguém tá vindo falá coisa que tão ou não tão.

Eu tô passando toda hora e tô vendo os cara online.

Eu puxo aqui pra vê quem tá online e quem não tá.

Quem tá trabalhando e tá online ou não.

Aqui não tem nenhum bobo.

Vocês não tão falando, não tão lidando com nenhum bobo, entendeu rapaziada?

Tão...ninguém tá vindo aqui me falá nada.

Sou eu mesmo que tô indo pra baixo e pra cima e tô vendo os contenção online.

O Marquinho agora eu já peguei o celular dele, porque eu cheguei aqui em cima dele e **ele nem viu eu chegando em cima dele.**

Então já peguei o celular dele e **se eu passar aí pelas contenção e tiver mano online aí eu vô chegá no Nene e no Neguinho aí e nós vamo vê essas ideia aí.**

Se nós vamo liberar celular na hora do serviço ou não, que pra mim tem que tá 100%.

Se não tiver 100% nós vai arrumar quem queira ficar 100%.”

Aliás, é possível encontrar no aparelho celular de JEFERSON, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489 (o arquivo de áudio tem o seguinte nome: 059c4b9a53069855acf26723a7a44c1a)**, um áudio em que o mesmo aparenta pedir desculpas, dizendo: *“eu sou um né rapaziada, eu sou um que fica com radinho direto né, só que eu vou far uma maneirada ai tá ligado, dar uma maneirada porque é segurança nossa né. Até peço desculpas ai também”*.

E no dia da operação (06/10/2016) MARCIANO encaminha mensagem para o mesmo grupo avisando: *“monte de Policia, 2 van e 4 moto da tático”*. ELISEU então pergunta: *“Aonde”*. E MARCIANO também questiona: *“cono ta ai, ta cheio aqui”*. ADRIANO MARIANO então “printa” uma notícia sobre a operação (**fl. 2427**).

E conforme áudio extraído do grupos de WhatsApp que constam do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, consta pelo menos um encaminhado por ELISEU (48 9631-6142), possivelmente em fuga no dia da operação, avisando sobre policiais com caminhão e de roupa camuflada no bairro Areias.

Todas as mensagens, destaque, foram encaminhadas quando ELISEU já se encontrava em livramento condicional na Comarca de Tijucas, ou seja, são posteriores a **julho de 2016**. ELISEU, claramente, está associado com os demais traficantes, inclusive comandando os mesmos.

Também é necessário fazer referência às provas encontradas na residência de ELISEU, em especial no sistema de câmeras instalado (laudo pericial de **fls. 2951-2957**). Lá é possível vislumbrar o monitoramento na sala e na área externa da residência do denunciado.

E pelas imagens extraídas, ELISEU é visto em vários momentos, não apenas fazendo uso de um rádio comunicador (o qual utilizado pelos traficantes para se comunicar com os demais e monitorar a entrada de viaturas policiais no local - conforme reiterados depoimentos dos milicianos – **fls. fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042** e áudios de **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), mas também com possíveis armas e dinheiro. As imagens constam do CD anexo ao laudo pericial e foi “printadas” pelo Ministério Público nas alegações finais de **fls. 3397-3400**.

Assim, nas imagens dos dias 1, 2 e 3 de outubro, portanto, pouco antes da operação, ELISEU é visto em vários horários fazendo uso do rádio comunicador (fls. 3397). Em outras ocasiões, parece manusear uma arma de fogo (fls. 3398 e 3399). Por fim, junto a cama, parece contar dinheiro (fls. 3400).

Ademais, do mesmo equipamento a perícia logrou encontrar imagens do denunciado VANDERLEI, em frente e dentro da residência de ELISEU, fazendo uso de um rádio comunicador (fls. 3400-3401), insisto, aparelho utilizado pelos traficantes do local para se comunicarem com agilidade (isso, reafirmo, está reiteradamente referido nos depoimentos dos policiais e constam dos autos áudios captados pelos milicianos).

No ponto, resta evidente que VANDERLEI estava fazendo a segurança da residência daquele apontado pelas investigações como líder dos traficantes associados, em clara associação também de VANDERLEI para o tráfico.

Registro ainda a relevante quantidade de dinheiro sem lícita origem apreendido na residência do denunciado ELISEU (quase de R\$ 5.000,00 em espécie), o que demonstra, nos termos da exordial acusatória, que efetivamente o denunciado era uma das pessoas, um dos líderes para o qual o dinheiro arrecadado com a venda de drogas estava sendo destinado.

Enfim, além das demais provas que serão apontadas por ocasião da análise dos crimes de tráfico de entorpecentes e de integrar organização criminosa (que tinha no comércio de entorpecentes o principal mote para o ajuste dos criminosos), bem como dos demais acusados quando se fizer referência ao réu ELISEU, não resta mínima dúvida nos autos que o referido acusado estava sim associado com outros para realizar o comércio de entorpecentes na localidade de Jardim de Progresso.

JACIEL SENCA vulgo Rolex, A1, Patatá ou Nene

O acusado é irmão de ELISEU e já foi condenado por tráfico de entorpecentes em 2007 (autos 0091248-91.2007.8.24.0023). Encontrava-se foragido desde 19/02/2010 e teve extinta a punibilidade pela prescrição executória naqueles autos.

JACIEL foi preso recentemente (pouco depois de ADRIANO MARIANO), quando concluída a instrução e processo inclusive concluso para sentença. Foi o último réu, portanto, interrogado (fls. fl. 4078), ocasião em que negou todos fatos.

Sem embargo, conforme depoimentos dos policiais de fls. 1999, 2003, 2021 e 2042, corroborando o relatório de fl. 43-247 dos autos apensos 0900100-06, JACIEL continuou no tráfico e era um dos líderes, junto com o irmão ELISEU, dos traficantes associados na localidade de Jardim Progresso.

“que diante disso foram feitos levantamento dos nomes; que o cara que comandava era Eliseu Senca, vulgo AVATAR; que ele comandava de dentro da cadeia; **que quem repassava as informações para os rapazes, era Jaciel Senca, irmão dele**” (fl. 1999).

“que Eliseu e **Jaciel Senca são os “cabeças” ali do “Sem Terra”**; que nunca prendeu nenhum deles, pois como eles são os patrões, não fica nada com eles, é muita gente trabalhando na ponta (como soldados deles); (...) que soube que Eliseu comandava o tráfico de drogas no local quando estava preso” (fl. 2003).

“que Eliseu passava informações pelo irmão dele, que era o segundo no comando da facção, **que é o Jaciel Senca, vulgo Rolex; que tem uma gravação dele levando droga e entregando para um dos pontos** para um dos responsáveis Jeferson Mello se não se engana” (...) que Eliseu era morador da localidade; que ele morava na Rua Adriel Menezes; que tinha informação de que **Jaciel morava na localidade, na primeira Rua, numa casa verde**; que ele tinha uma casa fora mas não conseguiu levantar; que pelo que sabe, nenhum deles tinha ocupação habitual ou trabalho” (fl. 2021)

[...] Durante o período de levantamento de informações, Elizeu Senca estava preso, mas o nosso informante claramente passava que ele comandava as ações de dentro do presídio. Ele é conhecido também como Avatar, é documentado inclusive em outros autos que ele é faccionado ao Primeiro Grupo da Capital **e o irmão dele é conhecido como Rolex, também conhecido na região pra questões organizacionais deles de distribuição de drogas quando faltava** (...) **E há de se destacar, também, que somente esse grupo criminoso né, liderado por Jaciel Senca**, Eliseu Senca, Adriano dos Santos Mariano e todos os outros elencados, eles dominavam completamente o crime, tanto que há nos autos eles se...é...com um certo orgulho né, eles dizendo: aqui ninguém rouba, aqui ninguém mata, aqui os verme não entra, na linguagem da marginalidade. E dando exemplos né de que somente eles dominam o tráfico de drogas naquela região e o crime naquela região. (...) Vou citar um dos casos [em que a PM copiou e ouviu a frequência dos rádios comunicadores utilizados pelos integrantes da organização criminosa], quando faltava droga a gente copiava assim ó: pô chama o 4, 5, 6 aí! Chama o 4, 5, 6 tá precisando aqui, tá precisando aqui. Quem que é o 4, 5, 6? Jaciel Senca. Então ele...quando faltava droga, eu copiava essa comunicação né. (...) Doutor, assim ó, com relação à liderança...é...todos...é impossível eu determinar para o senhor assim todos, todos da quadrilha identificados. Tem as dificuldades geográficas, as dificuldades de logística, né, mas a grande maioria sim foi identificada. **Os cabeças sim, esses nós temos certeza, foram identificados doutor: Eliseu Senca, Jaciel Senca**, Adriano dos Santos Mariano, Helton Piffer (...) Eles além de, além de as cabeças fazerem parte, documentado em outros autos, do Primeiro Grupo da Capital, como Elizeu Senca, Jaciel Senca, eles têm uma organização criminosa própria, chamada STR, tanto que existe no grupo do WhatsApp desses celulares apreendidos o grupo “STR quebrada” e “Tá tranquilo, tá favorável” (...) Jaciel Senca é irmão dele [Elizeu Senca]. Segundo no comando, junto com a Josi que a gente infelizmente não conseguiu...por isso que não há denúncia. Há imagens [do Jaciel], inclusive de um momento dele né, indo entregar droga, o 4, 5, 6 né.” (fl. 2042)

Corroboram, no ponto, as imagens de **fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde é possível ver o denunciado no vídeo do dia **14/07/2016** trazendo consigo uma grande quantidade de entorpecentes que foi entregue ao réu JEFERSON para distribuição nos pontos de venda de drogas da localidade de Jardim Progresso.

Aqui, em que pese a alegação defensiva que não se tratava de maconha (o que, vênias, resta evidente), sequer o próprio denunciado, quer por sua defesa técnica ou direta (interrogatório), esclareceu aquele fato, ou seja, não disse o que trazia naquela ocasião. Mas, como dito, é absolutamente claro que JACIEL, naquele dia, estava sim abastecendo um dos pontos de venda de drogas que comandava, conforme inclusive é possível inferir de suas conversas encontradas no celular (onde consta o mesmo tratando da compra de maconha de fornecedores, a exemplo do vulgo “Zamba”, várias vezes pelo mesmo como fornecedor).

Ali, também é possível claramente ver JACIEL inclusive negociar munições que trazia consigo com a pessoa que filma. O denunciado diz que *“bala de fuzil é cara né, cada tiro tem que ser pensado (...) que ainda tem bastante bala de fuzil... (ter tem”, mas não tá aí né, tem 100 bala com ele (...) de 12 nós tem bastante (...) 50 bala vai dar 500 pila (...) vai lá então e traz a caixa pra nós, pra nós começar “pá” (...) que na real de 9 nós “temo” um monte (...) se tiver de 45 traz aí que nós compra”*.

As imagens já constavam, inclusive das **fls. 62-63** do relatório da Polícia Militar, bem como nos autos apensos 900100-06 conforme **fls. 136-137**. JACIEL, aliás, se reconheceu na imagem em seu interrogatório (**fl. 4078**).

Impossível também acolher a tese defensiva de que tratam de imagens “antigas”, ao argumento que o denunciado já não residiria no local há um bom tempo. Os policiais foram enfáticos ao afirmar que iniciaram o levantamento dos nomes e novas diligências tão logo receberam as filmagens, ou seja, ainda no ano de 2016.

Deve-se consignar também que as perícias nos celulares revelam que até o final de setembro de 2016 JACIEL fez uso do telefone celular n. **48 9138-6805**, conforme relatório do CD anexo (**fls. 1085**) àquele laudo de **fls. 2490-2515**, onde no dia 17/09/2016 o mesmo manda uma foto sua para o grupo de *WhattsApp* dirigindo um veículo.

Isso fica evidente, de fato, ao se analisar os grupos daquele aplicativo dos quais JACIEL participava, onde é possível perceber tanto o número **48 9138-6805** sendo utilizado por JACIEL até o final do mês de setembro de 2016, como a partir daí o celular de dois *chips* com os números **48 9166-0864 (especialmente)** e **48 9156-6971**.

Parece claro pelas conversas, verdade, que JACIEL efetivamente não morava no loteamento Jardim Progresso. Isso, contudo, não eclipsa o fato que constantemente estava na cidade para abastecer o ponto de venda de droga ou simplesmente inteirar-se dos crimes que lá eram cometidos. Especialmente, aliás, tratava com os demais através do celular.

Em verdade, parece claro que JACIEL usou três números de celulares (em dois aparelhos) de 26/09/2016 até o dia 01/10/2016, quando passou a usar apenas o celular encontrado na casa de ELISEU. JACIEL, de fato, passou a usar o número **48 9166-0864** no dia 26/09/2016, quando encaminhou mensagem para sua esposa e a mesma, sem saber quem era, respondeu “?” e na sequência escreveu: “*a tá número do seu irmão né*”, obviamente se referindo ao celular encontrado na casa de ELISEU, conforme relatório anexo ao CD do laudo pericial de **fls. 2421-2451**.

Isso fica absolutamente claro quando, naquela mesma conversa depois de a esposa pedir (e encaminhar), JACIEL coloca uma foto sua com ela, conforme **fls. 17 e 95 do relatório anexo ao CD do laudo pericial de fls. 2421-2451**.

Ademais, insista-se que consta dos autos a apreensão de um aparelho na casa de ELISEU (**fls. 371 e 377**) e utilizado por JACIEL (48 9166-0864 e 9156-6971), onde aparece o contato “Lizel” com número 48 9631-6142, o qual integrava grupo do aplicativo WhatsApp do qual faziam parte os denunciados MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9166-0864 e 9138-6805 – este último número até o final do mês de setembro de 2016), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e PATRICK (48 9667-9436) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**).

Como então JACIEL estaria fora da cidade se aqui em Tijucas, na casa de ELISEU, foi encontrado um aparelho utilizado durante meses pelo mesmo (JACIEL), inclusive poucos dias antes da operação?

No ponto, observo que no CD que acompanha o laudo pericial de **fls. 2421-2447** constam as transcrições de conversas que, pelo contexto e conteúdo, demonstram claramente que o interlocutor, o usuário do aparelho na casa de ELISEU, era efetivamente o réu JACIEL, não fosse a foto do mesmo encontrada no aparelho, como já referido.

De fato, naquele aparelho constavam dois *chips* com os números (48) 9156-6971 e (48) 9166-0864. Aquele último, conforme **fls. 2457-2458**, está salvo entre os contatos, com a alcunha “Patatá”, do celular apreendido com o acusado JEFERSON - CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**.

Adite-se que aquele número (48 9166-0864) ainda realizou uma ligação para o ELISEU, detentor do ramal 48 9631-6142 conforme já exposto quanto se tratou do celular usado por ELISEU. E lá, conforme conversa extraída, ELISEU chama JACIEL por seu outro apelido, ou seja, “Nene”, alcunha esta inclusive referida por ELISEU em seu interrogatório quando declarou que “*seu irmão Jaciel tem o apelido de “Nene”; Que esse era o apelido de criança dele*”. O apelido, aliás, foi confirmado pelo próprio JACIEL em seu interrogatório de **fls. 4078**.

E já no dia 27/09/2016 JACIEL manda uma mensagem do número 48 9166-0864 para o celular de ELISEU (48 9631-6142) (no contato como “Lizel”), conforme **fl. 37 do relatório que consta do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2421-2451**, onde avisa “*esse é o número novo*”.

Consta ainda do CD anexo ao laudo de **fls. 2421-2447** conversas de JACIEL com terceiros de onde também é possível inferir o envolvimento claro do mesmo na associação para o tráfico de entorpecentes.

Primeiro, quando conversa com sua esposa (48 9106-5400), identificada a partir das conversas encontradas no CD anexo (e a própria foto com JACIEL), onde é feita referência tanto à Serena (sobrinha de JACIEL e filha de ELISEU – conforme consta do interrogatório de JACIEL – **fl. 4078**) – **cadastrada entre os visitantes de ELISEU - fl. 3501** - como ao irmão “Lizem” (ou “Lizel”), ou seja, ELISEU:

[29/09/2016 08:26:03] <Branca>: Tas vindo
 [29/09/2016 08:26:07] <este aparelho>: Não neh
 [29/09/2016 08:26:08] <Branca>: To sem cigarro
 [29/09/2016 08:26:19] <este aparelho>: Mas já vo so ajudando boma
[29/09/2016 08:26:28] <este aparelho>: Boka
 [29/09/2016 08:26:33] <este aparelho>: Aqui já vo
 [29/09/2016 14:59:25] <Branca>: Já chego em tijucas ?
 [29/09/2016 14:59:31] <este aparelho>: Já amor
 [29/09/2016 14:59:42] <Branca>: Como tá a sua mãe ?
 [29/09/2016 15:00:41] <este aparelho>: (#Sem Texto)
 Anexo: b2fbfa1abf6b98f56d9b0d87c5b7f49c.opus (#Não Encontrado)
 [29/09/2016 15:01:18] <Branca>: Tadinha

[29/09/2016 15:01:20] <Branca>: Vida

[29/09/2016 15:01:22] <Branca>: Tá bom

[29/09/2016 15:01:28] <Branca>: Depois que horas ?

[29/09/2016 15:01:46] <este aparelho>: A hora a resolve umas situação do Corre aqui

[29/09/2016 15:01:57] <Branca>: Hum

[30/09/2016 13:25:50] <Branca>: **Acho que você poderia fazer isso pra nós sair do aluguel é a casa ia fica boa com espaço suficiente !! Não ia demorar pra fica pronta e poderíamos investir em algo pra você poder para com o crime**

[30/09/2016 13:26:05] <Branca>: Não quero uma mega casa se nos não formos felizes de nada adianta

[30/09/2016 13:26:30] <Branca>: Uma casa assim bem imoboliada já tá ótimo pra nós pra quem não tem nada já é muito

[30/09/2016 13:26:45] <Branca>: **E depois poderias subir se quisesse mais ao menos já estaríamos seguros**

[30/09/2016 13:26:47] <este aparelho>: Amor vo termina ela amor

[30/09/2016 13:26:57] <este aparelho>: **Agora do fexa em cima**

[30/09/2016 13:27:09] <este aparelho>: **Depois q fexa e devido**

[30/09/2016 13:27:13] <este aparelho>: (#Sem Texto)

Anexo: 20ad1a754e8838838805bd5f82dceb67.opus (#Não Encontrado)

[30/09/2016 13:27:18] <Branca>: **Me preocupo e com as criança tu não pensa nisso**

[30/09/2016 13:27:30] <Branca>: **A gente não sabe o dia do amanhã**

Consta ainda outra conversa, agora com o réu ELISEU, onde são tratadas questões sobre a entrega de drogas e contabilidade do tráfico:

[04/10/2016 14:57:02] <Lizel>: Tao

[04/10/2016 14:59:26] <este aparelho>: **Feio ele levo meio kg da 800**

[04/10/2016 14:59:30] <este aparelho>: Real

[04/10/2016 14:59:55] <este aparelho>: **Único a ele deixo foi q vc me lanso aquele dia**

[04/10/2016 14:59:59] <este aparelho>: Acho q 309

[04/10/2016 15:00:04] <este aparelho>: **300reais**

[04/10/2016 15:00:14] <este aparelho>: **Falta 500pra fexa**

04/10/2016 15:05:19] <Lizel>: Incoming Call

[04/10/2016 15:05:44] <este aparelho>: Taum

Igualmente conversas de JACIEL com o réu JEFERSON (que utiliza o ramal 48 9682-4877, conforme aparelho apreendido com este – CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**), salvo nos contatos como “Jeff”, onde o primeiro pede informações sobre o ponto de venda de drogas. JEFERSON então repassa as vendas realizadas e JACIEL refere sobre traficantes que reclamam da “escala”, ou seja, dos horários de trabalho dos demais associados:

[28/09/2016 19:57:28] <este aparelho>: Taum
[28/09/2016 19:57:32] <este aparelho>: Noma
[28/09/2016 19:57:53] <este aparelho>: **Como ta fvl**
[28/09/2016 19:58:34] <Jeff>: Tão
[28/09/2016 19:58:44] <Jeff>: **Tudo 2**
[28/09/2016 19:59:12] <Jeff>: **Pararáo de encomoda**
[28/09/2016 19:59:30] <este aparelho>: Podia atee q emfim
[28/09/2016 19:59:39] <este aparelho>: Ata q enfim
[28/09/2016 19:59:49] <este aparelho>: Novas
[28/09/2016 19:59:56] <Jeff>: Samuca pago
[28/09/2016 19:59:56] <este aparelho>: **Das contencao**
[28/09/2016 20:00:01] <este aparelho>: Frmz
[28/09/2016 20:00:10] <este aparelho>: **Deixa ai guardado**
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:42] <este aparelho>: Já ta tirando nosso
[28/09/2016 20:00:49] <Jeff>: **Coloquei 50 ontem**
[28/09/2016 20:01:02] <este aparelho>: Tomara q sala logo
[28/09/2016 20:01:25] <Jeff>: **Essa semana é final de mês ainda**
[28/09/2016 20:01:43] <este aparelho>: Aham
[28/09/2016 20:01:56] <este aparelho>: **Corre gosto desse feio**
[28/09/2016 20:02:32] <Jeff>: **Uns reclama outros dia que é boa**
[28/09/2016 20:02:53] <este aparelho>: **Quem pega escala sempre vai reclama**
[28/09/2016 20:04:33] <Jeff>: Aham [...]
[29/09/2016 13:50:16] <este aparelho>: Tão
[29/09/2016 13:50:30] <Jeff>: **Lançei mais 500 pro gudan**
[29/09/2016 13:50:50] <este aparelho>: Pdc
[29/09/2016 13:51:33] <Jeff>: **Com aquele 600 foi lançado 3100**
[29/09/2016 13:52:28] <Jeff>: isso ?
[29/09/2016 13:52:40] <este aparelho>: Clr
[29/09/2016 13:52:45] <este aparelho>: Isso mesmo
[29/09/2016 13:53:17] <este aparelho>: **Vc La so 600 no começo 2000 e agora 500**
[29/09/2016 13:53:30] <Jeff>: É

Também constam conversas de JACIEL com o réu ERLANDO (conhecido pela alcunha de Catraca – 48 9191-0125), onde o primeiro igualmente pede informações sobre o ponto de venda de drogas. ERLANDO então avisa que a polícia esteve no ponto que vende pedra (*crack*) de madrugada (CD anexo ao laudo de **fls. 2421-2447**).

[29/09/2016 08:23:40] <este aparelho>: Bom dia
 [29/09/2016 08:38:31] <Catra>: Bom dia pa noix
 [29/09/2016 08:39:01] <este aparelho>: **Como ta fvl**
 [29/09/2016 08:39:20] <Catra>: **Td2 noma**
 [29/09/2016 08:39:33] <Catra>: **Só tivero ontem na madruqa aq**
 [29/09/2016 08:39:47] <este aparelho>: Novas mas além tamos ai
 [29/09/2016 08:39:54] <Catra>: **3 vt mais só foro na boca da pedra**
 [29/09/2016 08:39:57] <este aparelho>: Tem q fica ligado
 [29/09/2016 08:40:13] <este aparelho>: Eles tão loko pra Mata um
 [29/09/2016 08:40:16] <este aparelho>: Na covardia

E como já referido, existe indicativo claro que JACIEL, até antes o final de setembro de 2016, fazia uso de outro número de celular, qual seja o 48 9138-6805, uma vez que nos grupos de WhatsApp consta o mesmo como contato de “Patrão” (conforme perícia no celular de LAUREANO – **fls. 2516-2533 e CD anexo**), o qual posteriormente silencia e é substituído pelo número 48 9166-0864, continuando com as ordens no grupo juntamente com ELISEU.

Assim, no dia 19/09/2016 também JACIEL (48 9138-6805) já demonstrava tanto a associação como a organização do tráfico no local, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), ZELI SANTANA (48 9638-3548), ERLANDO (48 9191-0225) e ELISEU (48 9631-6142).

Inicia com MARCIANO questionando se no “*Galpão 1 tem radio ?*”, PATRICK dizer “*bom dia rapaziada*” e JACIEL perguntar “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tá bagunça ai na fvl então*” e que “*tem varios mano na fvl ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lah*” e JACIEL confirma “*pdc então pega radio lá fica lá*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determinar para JEFERSON “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fk nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**).

No mais, observo das conversas de JACIEL (48 9166-0864) com o réu LAUREANO (48 9864-6581) (conhecido pela alcunha de “Lobo” ou “Lóbi”), conforme perícia no celular do mesmo, onde

o primeiro também pede, agora no dia 02/10/2016, informações sobre o ponto de venda de drogas e determina providências relacionadas à contabilidade do tráfico (**fls. 2527-2528**).

[02/10/2016 12:02:56] <554891660864>: Salve **lobi**
[02/10/2016 12:03:00] <554891660864>: **tudo certo**
[02/10/2016 12:03:11] <554891660864>: **como anda as coisa por ai**
[02/10/2016 22:59:55] <554891660864>: **taum**
[02/10/2016 23:00:39] <este aparelho>: Tá
[02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **bom**
[02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **tas na bok**
[02/10/2016 23:01:11] <este aparelho>: **Não to aqui na rua de baixo que no galpão 2**
[02/10/2016 23:10:57] <554891660864>: **fala prós cara la lansa 1g pro mano q ta la**
[02/10/2016 23:10:59] <554891660864>: **das favor**
[02/10/2016 23:11:02] <554891660864>: **faz favor**
[04/10/2016 15:11:21] <554891660864>: **taum**
[04/10/2016 15:11:40] <554891660864>: **feio não lansa dinheiro Mariano**
[04/10/2016 15:11:47] <554891660864>: **deixa ai me da salve**
[04/10/2016 15:11:49] <554891660864>: **Q ele me deve moeda**
[04/10/2016 15:11:50] <554891660864>: **tnm**
[04/10/2016 15:11:52] <554891660864>: **tbm**

Consta ainda dos autos (no CD anexo ao laudo de **fl. 2421**) a mensagem de áudio encaminhada por ELISEU em 03/10/16 para o grupo de traficantes, conforme extraído da perícia realizada no celular de JEFERSON. Lá, ELISEU faz referência ao apelido de JACIEL (“*Nene*”), avisando aos demais, especialmente aqueles responsáveis pela segurança, ou seja, os que ficam com rádios comunicadores e armas (contenção), que não deveriam perder a atenção com aplicativos de celular e redes sociais.

Trata-se de mensagens extraídas do aparelho celular de JEFERSON (laudo pericial e CD anexo – **fls. 2452-2489** - os arquivos são nomeados como PTT 20161003-WA0015 e PTT 20161003-WA0017). São dois áudios no dia 03/10/2016, às 10 horas da manhã, para seus comparsas traficantes com as seguintes mensagens:

Bom começo de dia aí meus irmão. Bá rapaziada eu vô passa uma ideia aí pros irmão aí ó, principalmente pra quem tá na contenção tá ligado. Se chega a passar algum carro aqui pra trás e o contenção não vê ou alguma falha de segurança por causa desses WhatsApp aí ou Facebook vai custar muito caro pra quem tá na contenção e tá direto online. Eu não tô falando aqui, jogando conversa fora, quem quisé abraçá a ideia abraça. Mas quem tivé na contenção e chegá a acontecê uma falha, por causa que tava online, eu não quero saber se é responsa ou o que qui é, se tiver uma falha de algum contenção pode custar muito caro. Então quem tivé na contenção é bom ficá esperto e pará de ficá nesses celulá aí.

E aqui ninguém tá vindo trazê ideia pra mim, ninguém tá vindo falá coisa que tão ou não tão. Eu tô passando toda hora e tô vendo os cara online. Eu puxo aqui pra vê quem tá online e quem não tá. Quem tá trabalhando e tá online ou não. Aqui não tem nenhum bobo. Vocês não tão falando, não tão lidando com nenhum bobo, entendeu rapaziada? Tão...ninguém tá vindo aqui me falá nada. Sou eu mesmo que tô indo pra baixo e pra cima e tô vendo os contenção online. O Marquinho agora eu já peguei o celular dele, porque eu cheguei aqui em cima dele e ele nem viu eu chegando em cima dele. **Então já peguei o celular dele e se eu passar aí pelas contenção e tiver mano online aí eu vô chegá no Nene e no Neguinho aí e nós vamo vê essas ideia aí.** Se **nós** vamo liberar celular na hora do serviço ou não, que pra mim tem que tá 100%. Se não tiver 100% nós vai arrumar quem queira ficar 100%.

Deve ser feita menção também ao numerário encontrado na residência de JACIEL por ocasião do cumprimento do mandado de busca (fl. 379), ou seja, R\$ 3.400,00 e US\$ 20,00, em um indicativo claro da destinação da venda de entorpecentes para a qual JACIEL estava associado com alguns dos demais acusados. Tal como ELISEU, JACIEL evidentemente é um dos líderes dos traficantes associados. Aí a razão de ter sido encontrada relevante quantia de dinheiro em sua residência, bem diverso daqueles outros onde igualmente realizada a busca.

Além das provas acima referidas, consta dos autos também outros elementos probatórios com referência à JACIEL que serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com àqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

ADRIANO DOS SANTOS MARIANO vulgo Corola ou Mariano

ADRIANO foi preso recentemente, quando concluída a instrução e processo inclusive concluso para sentença. Foi o penúltimo réu interrogado (fls. 4077), ocasião em que negou todas as acusações.

Contudo, em que pese a versão do denunciado, observo inicialmente, para demonstrar o estreito vínculo do mesmo com o tráfico desenvolvido no local pelo grupo criminoso, a referência feita pelo Ministério Público à página de rede social do Facebook de ADRIANO.

Lá consta a foto do mesmo com uma corrente contendo um pingente com as siglas “STR” (fl. 57), ou seja, a sigla daquela organização criminosa (o que se tratará mais especificamente quando se abordar desse específico crime).

Sem embargo, nas imagens de fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06, é possível ver o denunciado no vídeo do dia 21/06/2016 no conhecido ponto de venda de drogas, trazendo consigo o entorpecente que seria distribuído no local. Inclusive consta o mesmo orientando os demais traficantes. As imagens também já constavam às fls. 64 do relatório da Polícia Militar.

A propósito, os policiais destacaram em seus depoimentos as atividades desempenhadas por ADRIANO MARIANO no tráfico para o qual estava associado:

“Que nesse escalonamento ai tem o **Adriano dos Santos Mariano, vulgo “Mariano Corolla”, que era a logística ali do esquema do pessoal, tanto financeiramente, que o informante chegou a presenciar cenas**”; (...)
“Que cada turno desse aí era apresentado pro Adriano o relatório do dia, o que vendeu e o quanto vendeu

e a sobra; Que assim o Adriano era um dos cabeças, fazendo a parte da logística”. (fl. 1999)

“Que Adriano dos Santos Mariano, vulgo Corolla, ele era responsável por gerenciar diretamente a venda ali; Que teve uma determinada situação que no final de um dos turnos de trabalho, entraram em divergência em relação a quantidade de droga e dinheiro e um interlocutor disse “isso você tem que acertar com o ‘Mariano’ que é o responsável”; Que ele era o responsável direto para resolver esse tipo de problema; Que acredita que ele é o responsável financeiro também; Que ele foi visto nas filmagens em um dos pontos com considerável quantidade de drogas” (fl. 2021).

Ademais, das diversas perícias nos celulares apreendidos, é facilmente perceptível que ADRIANO MARIANO usava o telefone n. 48 9117-9188, bem como que integrava grupo do aplicativo *WhatsApp* do qual faziam parte os denunciados MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ADRIANO ROSA (48 9133-9278) ELISEU (48 9631-6142), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9166-0864 e 9138-6805) (fls. 2427, 2431, 2433), onde são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeras conversas em vários dias de alguns meses revelam.

Em outro exemplo do envolvimento de ADRIANO MARIANO, basta fazer referência à conversa (inclusive em áudio) flagrada no celular de JEFERSON, conforme CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489, onde este explica a um terceiro que a droga que estava vendendo naquele momento pertencia ao denunciado ADRIANO MARIANO (chamado de “Mariano”), e não do réu JACIEL (chamado pelo apelido de “Nene”):

Ê, olha ali, eu não posso mexer ali ainda tá ligado.

Eu tenho que esperar acabar o o 1kg do Mariano pra mim mexer naquele outro fumo, tá ligado.

Eu nã posso mexer.

Eu tenho que esperar o Nene vim ai, daí a hora que acabar o fumo ali nós vai pesar tudo, vê quantos tem, tá ligado?

Daí é que eu vô mexer pô, mas enquanto isso **eu tenho que esperar sair aquele quilo do Mariano ali entendeu.**

A hora que eu for mexer ali eu já dou um salve pra ti.

Como bem destacado pelo Ministério Público, os traficantes associados, além de revezarem a força de trabalho, determinando escalas com horários para a venda de entorpecentes pelos demais, também realizavam, entre ADRIANO MARIANO, ELISEU e JACIEL uma espécie de rodízio da droga que era vendida. Afinal, eram esses os líderes dos demais.

Assim, em determinado momento era vendida a droga de ADRIANO MARIANO, com os lucros ficando para o mesmo. Em outro a droga de ELISEU e depois JACIEL. Havia, por isso, um estoque próprio de cada um, assim como a responsabilidade pelo pagamento ao distribuidor, tudo para minimizar as perdas dos três líderes associados e, evidente, dificultar o trabalho da polícia em encontrar as drogas que estavam escondidas em locais distintos.

Corroborando neste ponto a mensagem encaminhada por JACIEL (48 9166-0864) para ELISEU (48 9631-6142) (conforme laudo de fl. 2433 do celular apreendido na casa de ELISEU) onde o primeiro

reclama de um distribuidor que está cobrando o pagamento da droga que foi entregue há pouco, ou seja, em tempo insuficiente para venda. Nessa conversa, por diversas vezes JACIEL reitera o nome de ADRIANO MARIANO, referindo a quantidade de entorpecentes do mesmo, bem como o rodízio que é feito entre eles e JACIEL.

Também conversas entre JACIEL (48 9166-0864) e HELTON (48 48 9133-9604) (**fl. 2443**), onde este último (mesmo preso desde 05/08/2016) pede “fumo” para o primeiro, o nome de ADRIANO MARIANO é referido, aparentemente pelo fato de estar na “vez” daquele vender a droga, a qual seria entregue então para HELTON, mesmo preso.

Já em 28/09/2016 fica claro tanto a associação como a organização do tráfico no local e o envolvimento de ADRIANO MARIANO, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), ZELI SANTANA (48 9638-3548), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225) e JACIEL (48 9138-6805).

Lá, depois de ELISEU avisar que existe dois “*p2 meu irmão*” no bairro Jardim Progresso, se referindo a policiais a paisana, ADRIANO MARIANO pergunta “*tão aonde eles*” “*fmz*” “*wuantas viatur*”, “*tão aonde feio*”, revelando assim a preocupação.

E também conversas entre JACIEL (celular apreendido na casa de ELISEU) e ADRIANO MARIANO, extraída do CD anexo ao laudo de **fl. 2421**:

[03/10/2016 14:35:55] <este aparelho>: **Taum feio tem moeda do fumo la pra lansa la pro zamba**

[03/10/2016 14:36:12] <este aparelho>: Ele tá me pedindo mas **não ta na minha vez**

[03/10/2016 14:50:15] **<Mariano>: Tem 300 pila**

[03/10/2016 14:50:46] <este aparelho>: Tá falta muito pra acaba

[03/10/2016 14:50:48] <este aparelho>: Teu

[03/10/2016 14:51:15] **<Mariano>: 800**

[03/10/2016 14:51:42] <este aparelho>: Bah

[03/10/2016 18:17:59] <este aparelho>: Feio falta 700

[03/10/2016 18:18:03] <este aparelho>: De vcs

[03/10/2016 18:18:27] <este aparelho>: Tenho q lansa moeda la pro zamba ve ai se consegui uma moeda

[03/10/2016 18:18:45] <este aparelho>: Acelerao nem pego maiz

[03/10/2016 18:18:48] <este aparelho>: Com ele [...]

[04/10/2016 15:31:56] <este aparelho>: Taum feio

[04/10/2016 15:32:02] <este aparelho>: Tudo certo

[04/10/2016 15:32:18] **<Mariano>: Sim**

[04/10/2016 15:32:22] <Mariano>: Eai

[04/10/2016 15:32:46] <este aparelho>: Feio arruma moeda ai pra paga dim la pro zamba la fica aí me procurando mas não ta minha vez

[04/10/2016 15:32:51] <este aparelho>: Bicho chato

[04/10/2016 15:33:03] <este aparelho>: Aqui tudo certo so esse mano q acelera

[04/10/2016 15:33:06] <este aparelho>: Cara

[04/10/2016 15:33:36] <Mariano>: (#Sem Texto)

Anexo: AgA3XYer4lkJ4pnCRL2k9iu_DHd5UmAjGS-P63K4j0Ni.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 15:33:51] <Mariano>: (#Sem Texto)

Anexo: AlWuu2qvvslczV9XdoP460TQCK2zmoTsMdMp2-sy-mv.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 15:34:16] <este aparelho>: Não feio so vende ai paga ele vai sair devaga mesmo jeito

[04/10/2016 15:34:29] <este aparelho>: Saiu 300 do teu neh

[04/10/2016 15:34:49] <este aparelho>: Não tem como lansa esse dim das 300 pra ele

[04/10/2016 15:34:52] <este aparelho>: Feio

[04/10/2016 15:35:01] <este aparelho>: 300ja da 1200

04/10/2016 15:35:28] **<Mariano>: Vou ver ali**

[04/10/2016 15:35:43] **<Mariano>: Mas se pa ja lanso**

[04/10/2016 15:36:07] <este aparelho>: Pensa cara chato

[04/10/2016 15:36:11] <este aparelho>: Última tbm

[04/10/2016 15:36:13] <este aparelho>: Q pego

[04/10/2016 15:36:15] <este aparelho>: Dele [...]

Igualmente naquele mesmo grupo, no dia da operação (06/10/2016), é ADRIANO MARIANO quem “printa” uma notícia sobre a operação (**fl. 2427**), depois de MARCIANO encaminhar mensagem para o grupo avisando: “*monte de Policia, 2 van e 4 moto da tático*”.

E conforme áudio extraído do grupos de WhatsApp que constam do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, é possível encontrar áudios encaminhados por ADRIANO (Mariano) avisando sobre policiais no bairro.

Aliás, no *Facebook* ADRIANO MARIANO mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO DA ROSA, JEFERSON MELLO e THIEGO, conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2282**.

Pondere-se também a presença nos autos de outros elementos probatórios com referência à ADRIANO MARIANO que serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com àqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

JEFERSON MELLO, vulgo Jeff

A prova encartada aos autos revela que JEFERSON era um dos mais atuantes traficantes, sendo que suas funções na associação para o tráfico já estavam externadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 88 e 89**) e vídeos (de 22 de junho - **fls. 2178**).

Era o agente que vendia drogas no turno da tarde, onde pode ser visto nas imagens com entorpecentes, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos. Também por vezes fazia a função de contenção no local.

Não fosse o bastante, as mensagens encontradas no celular do mesmo (**fls. 2452-2489**), além daqueles outros apreendidos e periciados, demonstram claramente que JEFERSON constantemente prestava contas das vendas de drogas para ELISEU, JACIEL e ADRIANO MARIANO. Era assim, também uma espécie de contador na associação para o tráfico, cuidando para que o rodízio da venda de drogas entre aqueles fosse observado.

Mesmo que tenha sustentado em seu interrogatório (**fls. 2202-2203**) que apenas vendia drogas no bairro e em festas, não participando de nenhuma organização criminosa, a prova dos autos é suficiente para desmenti-lo.

Os policiais militares foram claros ao afirmar que “*não era possível a atuação de traficantes independentes na localidade*” (**fl. 2024**), “*que não havia traficantes independentes*” pois “*ou era da organização ou não vendia ali*” (**fl. 1999**). E que “*de maneira alguma eles iam liberar algum ponto para venda independente*” pois “*tudo que era vendido ali era concentrado e era prestado conta ao comando*” (**fl. 2021**). E mais enfaticamente “*é impossível que haja pessoas que pratiquem tráfico de drogas no local de maneira independente; que todo crime que acontecia lá estava vinculado ao grupo criminoso; [...] que não é possível que haja concorrência de tráfico de drogas naquela comunidade sem aquiescência daquele comando; que se fizesse isso, seria a sentença de morte dele*” (**fls. 2042**).

Não obstante, é até crível que, uma vez ou outra estivesse, por conta e risco, vendendo *ecstasy* (aparentemente este tipo de droga, já que os traficantes associados, como se infere, aparentemente prestigiavam mais comercialização de maconha, cocaína e crack na localidade), sem a ciência dos demais, conforme se extrai das mensagens através do Facebook de **fl. 2467-2468**. Insisto, contudo, que isso era absolutamente esporádico, já que JEFERSON atuava ativamente no tráfico com os demais conforme a farta prova dos autos demonstra.

A prova dos autos, de fato, revela que JEFERSON vendia as drogas (especialmente *ecstasy*) do grupo associado para outros pequenos traficantes da Comarca revenderem em festas (como o réu ARTUR), conforme se verá quando se tratar do crime de tráfico.

Enfim, o compromisso maior de JEFERSON era o tráfico perpetrado em associação com os outros.

JEFERSON efetivamente estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelas mensagens e fotos encontradas nos celulares periciados, inclusive no próprio celular de JEFERSON (**fls. 2452-2489**).

Em uma das mensagens, mais especificamente no dia no dia 24/09/2016 através do Facebook (fls. 51 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489), DANIEL pede para JEFERSON lançar mais drogas para venderem naquele dia, dizendo “*tem a condição de passa umas 10 @ hj o nois gira na resposta. So tu memo feio amanha tua merreca ta na mao*”. Aqui, aparentemente estão tratando de “*ecstasy*”, usando o termo “roda” ou “@”.

Da mesma forma, e também através do Facebook, JEFERSON negocia a venda de *ecstasy* (roda ou “@” como é dito) para outro provável traficante (Jonathan Lavratti), que inclusive “printa” a conversa que estava tendo com o usuário para mostrar para JEFERSON a necessidade da compra urgente da droga para revenda (fls. 56 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489):

[17/09/2016 20:37:15] <Jeferson Mello>: Tão

[17/09/2016 20:46:53] <Jonathan Lavratti>: Tão

[17/09/2016 21:13:16] <Jeferson Mello>: **Tenho umas @ boa**

[17/09/2016 21:13:21] <Jeferson Mello>: No 10

[17/09/2016 21:13:31] <Jeferson Mello>: Luivitom

[23/09/2016 13:16:31] <Jonathan Lavratti>: Tão, fmz?

[23/09/2016 13:16:47] <Jonathan Lavratti>: Tá pedindo quando nas Lviton?

[23/09/2016 15:00:03] <Jeferson Mello>: Acima de 100 8:50

[24/09/2016 10:10:20] <Jeferson Mello>: É das gringa

[24/09/2016 10:10:47] <Jeferson Mello>: C pega umas 50 no 9

[05/10/2016 10:02:55] <Jonathan Lavratti>: Salve

[05/10/2016 12:26:27] <Jeferson Mello>:

[05/10/2016 12:46:19] <Jonathan Lavratti>: 100 Luiz viton faz no quanto ?

[05/10/2016 12:48:35] <Jonathan Lavratti>: **Tô com um corre engatilhado , posso pegar as rodas leva pra mina e daí levar o dinheiro pra ti ?**

E no celular de JEFERSON também é possível ver fotos de armas e drogas sintéticas, estas últimas dispostas em uma mesa com a sigla “ST”, em clara referência à organização criminosa “Sem Terra” (fls. 2463-2465).

Se fosse ele o traficante que atuava sozinho vendendo *ecstasy*, certamente não faria referência àquela organização, ainda mais usando as drogas que, em tese, não teria permissão para vender no mesmo local de domínio daquela facção.

Resta evidente, por isso, que os traficantes associados (aí o símbolo “ST”) também vendiam *ecstasy*, mesmo que, insista-se, prestigiavam a venda de maconha, cocaína e *crack* em maior quantidade, dada a procura incessante de usuários no local.

Conforme conversas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) trata com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU

SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ZELI SANTANA (48 9638-3548), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. **2427, 2431, 2433**) assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais JEFERSON estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam.

Às fl. **2469**, JEFERSON avisa a todos que acabou a venda de maconha (“*tão, cabo fumo*”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

Assim, JACIEL conversa com JEFERSON (48 9682-4877), onde o último presta informações sobre o ponto de venda de drogas. JEFERSON repassa as vendas realizadas e JACIEL comenta sobre traficantes que reclamam da “escala”, se referindo aos horários de trabalho dos demais (fl. **2437**):

[28/09/2016 19:57:28] <este aparelho>: Taum
[28/09/2016 19:57:32] <este aparelho>: Noma
[28/09/2016 19:57:53] <este aparelho>: **Como ta fv!**
[28/09/2016 19:58:34] <Jeff>: Tão
[28/09/2016 19:58:44] <Jeff>: **Tudo 2**
[28/09/2016 19:59:12] <Jeff>: **Pararão de encomoda**
[28/09/2016 19:59:30] <este aparelho>: Podia atee q emfim
[28/09/2016 19:59:39] <este aparelho>: Ata q enfim
[28/09/2016 19:59:49] <este aparelho>: Novas
[28/09/2016 19:59:56] <Jeff>: Samuca pago
[28/09/2016 19:59:56] <este aparelho>: **Das contencao**
[28/09/2016 20:00:01] <este aparelho>: Frmz
[28/09/2016 20:00:10] <este aparelho>: **Deixa ai guardado**
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:42] <este aparelho>: Já ta tirando nosso
[28/09/2016 20:00:49] <Jeff>: **Coloquei 50 ontem**
[28/09/2016 20:01:02] <este aparelho>: Tomara q sala logo
[28/09/2016 20:01:25] <Jeff>: **Essa semana é final de mês ainda**
[28/09/2016 20:01:43] <este aparelho>: Aham
[28/09/2016 20:01:56] <este aparelho>: **Corre gosto desse feio**
[28/09/2016 20:02:32] <Jeff>: **Uns reclama outros dia que é boa**
[28/09/2016 20:02:53] <este aparelho>: **Quem pega escala sempre vai reclama**

[28/09/2016 20:04:33] <Jeff>: Aham [...]
 [29/09/2016 13:50:16] <este aparelho>: Tão
 [29/09/2016 13:50:30] <Jeff>: **Lançei mais 500 pro gudan**
 [29/09/2016 13:50:50] <este aparelho>: Pdc
 [29/09/2016 13:51:33] <Jeff>: **Com aquele 600 foi lançado 3100**
 [29/09/2016 13:52:28] <Jeff>: isso ?
 [29/09/2016 13:52:40] <este aparelho>: Clr
 [29/09/2016 13:52:45] <este aparelho>: Isso mesmo
 [29/09/2016 13:53:17] <este aparelho>: **Vc La so 600 no começo 2000 e agora 500**
 [29/09/2016 13:53:30] <Jeff>: É

Em outra, JEFERSON (48 9682-4877) também fala com JACIEL (nos contatos adicionado como “Patatá”), esclarecendo que naquele dia estava fazendo a função de contenção, ou seja, realizando a segurança do local de venda de drogas, quer com armas ou com rádios comunicadores.

[02/10/2016 23:16:09] <Patata>: Taum
 [02/10/2016 23:16:18] <Patata>: Tas aonde
 [02/10/2016 23:16:35] <jef>: **Cotencão**
 [02/10/2016 23:16:57] <Patata>: Na de cima
 [02/10/2016 23:17:02] <jef>: Aham
 [02/10/2016 23:17:18] <Patata>: **O feio não tem hb20 branco ai**
 [02/10/2016 23:17:23] <Patata>: **Dentro**
 [02/10/2016 23:17:37] <jef>: **Já saiu**

Aliás, entre os contatos do celular de JEFERSON também é possível encontrar a alcunha “Rolex” de JACIEL, conforme **fls. 44 do CD do laudo pericial de fls. fls. 2516-2533**, onde consta o número 48 9166-0864 também usado por JACIEL.

Precisamente à JEFERSON os milicianos destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que do meio dia às 18, não sabe definir o motivo, eles dividiram em dois pontos [...] Que no outro ponto eles vendiam maconha e pedra; Que neste local visualizou inúmeras vezes o Jeferson Mello, pesando, embalando e entregando.” (**fl. 2021**)

“Que Jeferson Mello e Patrick de Oliveira Leandro trabalhavam no tráfico de drogas e na contenção” (**fl. 2042**).

Consta ainda um áudio no celular de JEFERSON, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**, em que este fala com o telefone 48 9156-6725 esclarecendo que a venda de drogas nos finais de semana é maior, quando os traficantes “*enchem o bolso*”. JEFERSON inclusive fala que trocou de lugar com um indivíduo conhecido como “*Lages*” (que também será referido mais à frente quando se tratar do réu HELTON).

É, é, pois é tá saindo cara...tá saindo ali rapidão.

E daí, não qualquer coisa eu também tenho uma moeda aqui feio.

Tá ligado, do meu corre aqui ó, desse final de semana aí.

No mínimo gira uma carinha legal só do meu corre ali, tá ligado?

Eu na biqueira ali gira um dinheirinho legal cara.

Final de semana aí...bá...é de encher o bolso.

Hoje é porque eu deixei o Lages ali, tá ligado?

Ele tá fazendo a bainha ali dele, deixa ele ficar ali.

Ele pediu pra ficar ali pra tá juntando uma moeda ali.

Aí hoje ele fica o dia todo e já ganha um dinheirinho legal, tá ligado? [...]

Também em outra conversa de áudio encontrada no CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489** do celular de JEFERSON, este relata para terceira pessoa (Jenifer Caroline) que chegará tarde pois trabalhará (na firma - na associação para o tráfico) até uma hora da manhã:

Só uma hora da manhã.

Chego em casa só uma hora da manhã.

Todo dia, o dia todo.

Disposição nega.

Tu acha que nós para?

A firma não para.

O bagulho é o fluxo

E conforme áudio extraído do grupos de WhatsApp que constam do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, é possível encontrar áudio encaminhado por JEFERSON (identificado no celular de LAUREANO como “Macrilho”) avisando sobre policiais no bairro.

Não fosse o bastante, constam ainda mensagens trocadas pelo Facebook onde JEFERSON interage com ADRIANO DA ROSA, ADRIANO MARIANO, ARTUR, ELISEU, DANIEL, HELTON, IZAQUE, PATRICK e THIEGO, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**.

Aliás, no *Facebook* JEFERSON mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO DA ROSA, ADRIANO MARIANO, HELTON, RICHARD, IZAQUE, DANIEL, JOILSON, THIEGO, PAULO, ARTUR, MAYCON, CLAUDINEI e MARCIANO, conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2289**. Segundo **fl. 2280**, juntamente com ADRIANO ROSA e THIEGO, é possível perceber que JEFERSON praticamente concentra todos os relacionamentos com os demais acusados.

Existem ainda nos autos vários outros elementos probatórios com referência à JEFERSON, os

quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

LAUREANO MARCOS COSTA, vulgo Lobo ou Lóbi

LAUREANO igualmente já estava identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fl. 84**) e **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde é possível ver o denunciado no vídeo do dia 21/06/2016.

Conforme as imagens revelam, LAUREANO era o agente que naquele dia fazia a contenção no turno da tarde, enquanto a venda era realizada pelo réu DANIEL. Nesse sentido, aliás, o depoimento do policial de **fl. 2021**:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que do meio dia às 18, não sabe definir o motivo, eles dividiram em dois pontos [...] **Que num ponto de ônibus ficava o** Daniel Armando Alves - Muca - responsável pela venda da droga, **Laureano - responsável pela contenção, ficava armado** e mais um menor que não se recorda o nome que fazia a função de rádio comunicador”. (**fl. 2021**).

A propósito, na casa do mesmo foi apreendido um colete balístico, conforme termo de apreensão de **fl. 506**, além de uma arma e drogas, o que confirma a função que exercia, ou seja, com arma e colete para realizar a segurança dos demais que perpetravam o tráfico e para o qual também estava associado.

Não fosse o bastante, as mensagens encontradas no celular do mesmo (laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**), além daqueles outros apreendidos, demonstram claramente que LAUREANO participa do grupo de *WhatsApp* criado pelos traficantes, revelando assim que estava intimamente associado com os demais.

Ainda que tenha sustentado em seu interrogatório (**fls. 2194-2195**) que não vendia drogas ou conhecia os demais, as provas revelam claramente que LAUREANO estava sim associado com grande parte dos outros acusados para vender drogas na localidade de Jardim Progresso. As mensagens encontradas nos celulares periciados, inclusive no próprio LAUREANO, desmentem o denunciado.

Aqui, inicialmente deve ser feita referência às fotos de armas com o mesmo, e da própria sigla da organização criminosa (“STR”) encontradas como papel de parede do celular de LAUREANO (conforme laudo pericial de **fls. 2524**). Em várias fotos LAUREANO aparece segurando pistolas e rádios comunicadores.

E segundo conversas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, LAUREANO (48 9820-8661) trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**) de assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam.

No mais, observo as conversas de JACIEL (48 9166-0864) com o réu LAUREANO (conhecido

pela alcunha de “Lobo ou Lóbi”), onde o primeiro pede para o segundo, no dia 02/10/2016, informações sobre o ponto de venda de drogas e determina providências relacionadas à contabilidade do tráfico (**fl. 2527-2528**).

[02/10/2016 12:02:56] <554891660864>: Salve **lobi**
 [02/10/2016 12:03:00] <554891660864>: **tudo certo**
 [02/10/2016 12:03:11] <554891660864>: **como anda as coisa por ai**
 [02/10/2016 22:59:55] <554891660864>: **taum**
 [02/10/2016 23:00:39] <este aparelho>: Tá
 [02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **bom**
 [02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **tas na bok**
 [02/10/2016 23:01:11] <este aparelho>: **Não to aqui na rua de baixo que no galpão 2**
 [02/10/2016 23:10:57] <554891660864>: **fala prós cara la lansa 1g pro mano q ta la**
 [02/10/2016 23:10:59] <554891660864>: **das favor**
 [02/10/2016 23:11:02] <554891660864>: **faz favor**
 [04/10/2016 15:11:21] <554891660864>: **taum**
 [04/10/2016 15:11:40] <554891660864>: **feio não lansa dinheiro Mariano**
 [04/10/2016 15:11:47] <554891660864>: **deixa ai me da salve**
 [04/10/2016 15:11:49] <554891660864>: **Q ele me deve moeda**
 [04/10/2016 15:11:50] <554891660864>: **tnm**
 [04/10/2016 15:11:52] <554891660864>: **tbm**

E às **fl. 2469**, JEFERSON avisa a todos que acabou a venda de maconha (“*tão, cabo fumo*”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

E como se viu e se verá, outros elementos probatórios com referência à LAUREANO estão presentes nos autos, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS, vulgo Catraca

ERLANDO, pode-se seguramente afirmar, era um dos traficantes associados mais inveterados.

Também foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fl. 97**) e vídeos (**fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), onde é possível ver o denunciado do dia 29/06/2016, com as mesmas vestes da foto.

ERLANDO aparece realizando a contenção às **fl. 129 dos autos apensos 900100-06**.

“Catraca”, como é conhecido ERLANDO, usava o celular n. 48 9191-0125, assim como outros, fazia parte de grupos de WhatsApp (registrado nos contatos de ELISEU como “Catra”) conforme informações extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2421-2451**, onde constam LAUREANO (48 9820-8661), MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), PATRICK (48 9676-9436), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**) e onde os assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam, era a tônica das conversas.

Assim, consta que no dia 19/09/2016, associado para o tráfico no local, ERLANDO conversa com todo do grupo, ou seja, MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), JACIEL (48 9138-6805) e ELISEU (48 9631-6142).

Lá, MARCIANO questiona se no “*Galpão 1 tem radio ?*”, PATRICK diz “*bom dia rapaziada*” e JACIEL perguntar “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tá bagunça ai na fol então*” e que “*tem varios mano na fol ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lah*” e JACIEL confirma “*pdc então pega radio lá fica lá*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fke nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**).

Também consta do CD anexo ao Laudo de **fls. 2421-2447** conversas de ERLANDO (com alcunha Catraca e adicionado nos contatos como “Catra”) com JACIEL, onde o último pede informações sobre o ponto de venda de drogas. ERLANDO então avisa que a polícia esteve no ponto que vende pedra (*crack*) de madrugada.

[29/09/2016 08:23:40] <este aparelho>: Bom dia
 [29/09/2016 08:38:31] <Catra>: Bom dia pa noix
 [29/09/2016 08:39:01] <este aparelho>: **Como ta fvl**
 [29/09/2016 08:39:20] <Catra>: **Td2 noma**
 [29/09/2016 08:39:33] <Catra>: **Só tivero ontem na madrugada aq**
 [29/09/2016 08:39:47] <este aparelho>: Novas mas além tamos ai
 [29/09/2016 08:39:54] <Catra>: **3 vt mais só foro na boca da pedra**
 [29/09/2016 08:39:57] <este aparelho>: Tem q fica ligado
 [29/09/2016 08:40:13] <este aparelho>: Eles tão loko pra Mata um
 [29/09/2016 08:40:16] <este aparelho>: Na covardia

E conforme testigos dos policiais, ERLANDO estava associado com os demais realizando a contenção no período da noite, sendo que por duas vezes também foi abordado com drogas por

policiais na saída da localidade de Jardim Progresso, conforme os Termos Circunstanciados apensos 0001495-58.2016.8.24.0072 (dia 23/06/2016 com 13 comprimidos de *ecstasy* e R\$ 2.909,00 reais) e 0001598-65.2016.8.24.0072 (dia 26/07/2016 com 1,1 g de *ecstasy*).

“Que Erlando foi abordado na saída e pego com ele uma quantidade de *ecstasy*”; (...) “Que visualizou Erlando num ponto de venda, no período da noite” (fl. 1999)

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que das 18 até a 1, eles usavam a primeira rua também; [...] Que nesse período, era o que mais tinha pessoas envolvidas no comércio; Que tinham dois que faziam a venda Joilson e Thiago Azevedo - que esses dois eram responsáveis pela venda; Que o “Catraca” e o Thiago Wilson eram responsáveis pela contenção; Que “Catraca” é a pessoa de Erlando Júnior; Que inclusive o Thiago Azevedo, teve um dia que ele tava fazendo a venda”; (fl. 2021).

“Que Erlando ficava na contenção - que ele é o vulgo “Catraca” que ele foi visto muitas vezes armado”. (fl. 2024)

Corroborando, aliás, as circunstâncias do cumprimento da preventiva de ERLANDO neste processo, ainda que realizada quase seis meses depois da Operação Ragnarock.

De fato, mesmo depois de decretada a prisão temporária (a qual não cumprida no dia da operação em razão da fuga do mesmo) e ainda após a conversão em preventiva, ERLANDO foi em flagrante no mesmo local, no mesmo bairro Jardim Progresso (!) realizando, em tese, novamente o tráfico. Sim, pois foi preso com rádios comunicadores, arma de fogo e anotações para o tráfico e drogas. Isso, depois de supostamente trocar tiros com policiais militares.

A tanto, ERLANDO foi pronunciado (em 21/06/2018) nos autos 0000520-02.2017.8.24.0072 por diversos crimes, entre eles tentativa de homicídio, tráfico e corrupção de menores, onde aguarda julgamento também preso.

Enfim, igualmente aqui, outros elementos probatórios com referência à ERLANDO estão presentes nos autos, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas também vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

E conforme áudio extraído do grupo de WhatsApp que constam do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, é possível encontrar uma mensagem do contato “juanchicho394” “marcando” ERLANDO (48 9191-0125) no grupo (ao colocar o número do telefone do mesmo antecedido pelo @) quando todos estão sendo avisados da operação policial naquele dia.

No *Facebook* ERLANDO mantém amizade com IZAQUE, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às fl. 2295.

PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO

As funções de PATRICK na associação para o tráfico já estavam igualmente identificadas no Relatório de fl. 43 e 247, inclusive em fotos (fls. 90) e vídeos (de 15 e 20 de junho - fls. 458 dos autos apensos 900100-06).

Era o agente que vendia drogas no turno da tarde, onde pode ser visto claramente nas imagens com entorpecentes e balança de precisão. Também por vezes fazia a função de contenção no local.

Não fosse o bastante, no dia da operação ainda foram encontrados 32 (trinta e dois) comprimidos de *ecstasy* na residência do mesmo, conforme termo de apreensão de **fls. 408**.

Imagens de drogas (inclusive dispostas fazendo a siglas “ST”), rádio comunicador, munições, armas (especialmente pistolas) e dinheiro também podem ser encontradas no celular de PATRICK (**fls. 2490-2515**).

E constam dos autos as mensagens encontradas no celular do mesmo (**fls. 2490-2515**), além daqueles outros apreendidos e periciados, que demonstram PATRICK conversando com MARCIANO (48 9108-1471) em dois dias distintos, tanto sobre munições como sobre os horários do “turno”:

[11/09/2016 01:40:42] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 01:41:11] <554891081471>: N era vc q ia pega na madrua

[11/09/2016 02:53:30] <este aparelho>: N

[11/09/2016 04:00:25] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 04:00:35] <554891081471>: Tem bala ai?

[11/09/2016 04:01:24] <este aparelho>: tem com o isac

[14/09/2016 00:42:45] <554891081471>: Tao

[14/09/2016 00:42:58] <554891081471>: Tas na baia?

[14/09/2016 00:43:28] <554891081471>: Q horas é teu corre

[14/09/2016 00:43:28] <este aparelho>: Tô

[14/09/2016 00:43:31] <este aparelho>: Amanhá

[14/09/2016 00:43:35] <este aparelho>: 13:30

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Fmx

[14/09/2016 00:49:06] <este aparelho>: pq?

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Ia vê se VC guentava meu corre mas de boa

No mesmo sentido dos horários de PATRICK, aliás, os depoimentos dos policiais:

“que Patrick foi visualizado fazendo o comércio de entorpecente e na função de contenção, onde ficava armado” (**fl. 1999**)

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que do meio dia às 18, não sabe definir o motivo, eles dividiram em dois pontos [...] no outro ponto eles vendiam maconha e pedra; que neste local visualizou inúmeras vezes o Jeferson Mello, pesando, embalando e entregando; que também visualizou o Patrick também entregando, mas porém, estava mais na função de contenção e rádio comunicador” (**fls. 2021**)

“que Jeferson Mello e Patrick de Oliveira Leandro trabalhavam no tráfico de drogas e na contenção; que lembra de Joilson no tráfico e na função de olheiro” (**fl. 2042**)

Corrobora ainda mensagens encontradas no celular do réu THIAGO (fls. 2490-2515 conforme CD anexo), onde o denunciado ARTUR pergunta sobre o trabalho no “ST” e PATRICK responde: “*uhm*” “*to na conteça*”, se referindo obviamente à função de contenção.

PATRICK, aliás, também é visto às fl. 136 dos autos apensos 900100-06.

Conforme conversas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, PATRICK (48 9676-9436) igualmente conversa com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9138-6805), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. 2427, 2431, 2433), onde são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais PATRICK estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam.

Naquele grupo, conforme conversa extraída no CD anexo ao laudo de fls. 2516-2533, PATRICK (48 9676-9436) comenta “*alguém no c1??*”, se referindo ao Setor 1 (fl. 52 – Rua Osvaldo Argino Cordeiro). E em outro dia avisa “*ai rapaziada*” “*vo chega hum poko atrasado fmz*”, ou seja, avisando aos demais traficantes que chegaria atrasado no ponto de venda de drogas para exercer sua função.

Igualmente é possível encontrar mensagem no CD anexo ao laudo de fls. 2516-2533, de um indivíduo identificado como “Curita” (48 9628-7178) no dia 29/09/2016 perguntando “*tá suave o setor 2 ?*” “*ai funcionários ?*”, ao que PATRICK responde “*vo passa hum pano*” “*perai*”, o que demonstra que estava exercendo a função de contenção naquele momento, bem como que iria verificar se estava “tudo limpo” (expressão também para “passar um pano”).

Também consta mensagem de ELISEU avisando “*são p2 meus ermão*” (se referindo a viatura descaracterizada), ao que ADRIANO questiona “*tão onde eles*” e PATRICK responde “*jah pinaro eu acho*” “*vi as duas saindo pra fora pelo c1*”, ou seja, já foram embora pela Rua Osvaldo Argino Cordeiro.

E às fl. 2501, JEFERSON avisa a todos do grupo (inclusive PATRICK) que acabou a venda de maconha (“*tão, cabo fumo*”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

Em outra, PATRICK (48 9667-9436) também fala com ARTUR (48 9106-0796), solicitando ajuda para realizarem dois ataques com tiros e gasolina, já que “*eles não querem apoia a Glock pra mim*”, se referindo a autorização dos demais traficantes para usar as armas da organização (fl. 2506), o que demonstra claramente o vínculo do mesmo com os outros traficantes. ARTUR então prontamente se dispõe a ajudar e PATRICK. Este, preocupado com o “trabalho” no tráfico, diz: “*Dai jah arrumo hum pra aguenta meu corre aki*”, se referindo a encontrar outro traficante para ficar em seu lugar (fl. 2507).

Em outra conversa, agora encontrada no celular de THIAGO (48 9864-6581) conforme CD anexo ao laudo de fls. 2381-2400, depois de JEFERSON (48 9682-4877) postar uma foto de uma arma calibre 12 e uma pistola, ARTUR comenta “*putz Glock 12 e uma 9mm*”, ao que JEFERSON responde: “*é o poder*”. ARTUR então pergunta de PATRICK e JEFERSON responde: “*ta na baia de jega*” (fl. 29).

Constam ainda diversas conversas de PATRICK, conforme CD anexo ao laudo de **fls. 2490-2515** do celular do mesmo, com JEFERSON (48 9682-4877), onde tratam do cotidiano do tráfico. Lá PATRICK pergunta para JEFERSON: “*o mariano tá aí ainda*”, se referindo ao réu ADRIANO MARIANO. Também PATRICK avisa: “*o lobo tá indo aí*” (se referindo ao réu LAUREANO). Igualmente é feita referência ao réu ERLANDO, quando PATRICK fala: “*o feio o Catraka disse que não te*”. (conforme **fls. 5 e 6** do relatório do CD).

E no *Facebook* PATRICK mantém amizade com inúmeros dos denunciados: PAULO ROBERTO, THIEGO, THIAGO, ARTUR e JEFERSON, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2291**.

Além disso, o contato de PATRICK ainda está salvo nos celulares de JACIEL, THIAGO, ADRIANO ROSA e JEFERSON (**fls. 2387, 2408, 2427, 2460**).

Existem ainda nos autos vários outros elementos probatórios com referência à PATRICK, que também serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

PAULO ROBERTO MACHADO, vulgo Preto Machado

Também as funções de PAULO ROBERTO na associação para o tráfico já estavam externadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 78-79**) e vídeos (de 05 de julho - **fls. 2178**).

Era o agente que aparece claramente nas filmagens vendendo drogas no turno da manhã, onde pode ser visto com entorpecentes, sacolas, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos. Também por vezes vendia drogas no turno da tarde, segundo depoimento dos policiais.

PAULO ROBERTO aparece nas imagens juntamente com VANDERLEI (de camisa vermelha), o qual fazia as funções de contenção e também ajudava na venda de drogas.

PAULO também foi flagrado realizando a contenção, com um rádio comunicador às **fl. 97 e 112-113 dos autos apensos 900100-06**.

Mesmo que tenha sustentado em seu interrogatório (**fls. 2204-2205**) que apenas vendia drogas no bairro, não participando de nenhuma associação ao tráfico, a prova dos autos é suficiente, como se vê, para desmentir PAULO.

Reafirme-se que os policiais militares foram claros ao destacar que “*não era possível a atuação de traficantes independentes na localidade*” (**fl. 2024**), “*que não havia traficantes independentes*” pois “*ou era da organização ou não vendia ali*” (**fl. 1999**). E que “*de maneira alguma eles iam liberar algum ponto para venda independente*” pois “*tudo que era vendido ali era concentrado e era prestado conta ao comando*” (**fl. 2021**). E mais enfaticamente “*é impossível que haja pessoas que pratiquem tráfico de drogas no local de maneira independente; que todo crime que acontecia lá estava vinculado ao grupo criminoso; [...] que não é possível que haja concorrência de tráfico de drogas naquela comunidade sem aquiescência daquele comando; que se fizesse isso, seria a sentença de morte dele*” (**fls. 2042**).

PAULO ROBERTO efetivamente estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelas imagens e todo o levantamento policial realizado, onde consta que em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados, PAULO realizava a venda de drogas igualmente em pontos determinados daquela localidade.

E especificamente à PAULO, os milicianos destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que no horário das 7 até as 13, eles ficavam na mesma rua, na terceira transversal; que nesse horário visualizou Paulo Roberto Machado – Paulinho Machado, Izaque e um menor de 13/14 anos que não se recorda o nome; que visualizou essas pessoas comercializando, embalando e entregando entorpecentes.” (fl. 2021)

“que Paulo Machado ficava vendendo droga e já foi visto como olheiro também” (fl. 2024).

No *Facebook* PAULO mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO DA ROSA, JEFERSON, IZAQUE, DANIEL, PATRICK, JOILSON, THIEGO, ARTUR e MAYCON, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às fl. 2297.

Existem ainda nos autos vários outros elementos probatórios com referência à PAULO, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA, vulgo Pokemon

A identidade de VANDERLEI inicialmente não foi descortinada durante o levantamento realizado no Relatório de fl. 43 e 247. Ainda assim o mesmo inclusive já aparecia em fotos (fls. 91-92) e vídeos (de 05 de julho - fls. 2178).

Era o agente visto nas filmagens tanto vendendo drogas juntamente com PAULO ROBERTO no turno da manhã, com entorpecentes, sacolas, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos, como realizando as funções de contenção.

Observo, contudo, que antes da operação, em Relatório complementar de fls. 234-236 dos autos apensos 900100-06, a identidade de VANDERLEI restou descortinada, sendo então expedido mandado de prisão temporária também contra o mesmo.

No mais, além daqueles fatos, VANDERLEI também aparece na perícia realizada no sistema de câmeras instalado (laudo pericial de fls. 2951-2957) na casa de ELISEU. Lá é possível vislumbrar o monitoramento na sala e na área externa da residência.

Existem então imagens do denunciado VANDERLEI, em frente e dentro da residência de ELISEU, fazendo uso de um rádio comunicador (fls. 3400-3401), aparelho utilizado pelos traficantes do local para se comunicarem com agilidade (isso, reafirmo, está reiteradamente referido nos depoimentos dos policiais e constam dos autos áudios captados pelos milicianos).

Resta evidente que VANDERLEI estava fazendo a segurança da residência daquele apontado pelas investigações como líder dos traficantes associados, em clara associação também de VANDERLEI para o tráfico.

Os milicianos destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“que em relação a Vanderlei Lourival, se não se engana (...) ele era o masculino que assumiu a função de contenção e rádio comunicador junto com Paulinho Machado.” (fl. 2021)

“que Vanderlei Lourival era da função do tráfico” (fl. 2042).

Aliás, consta do CD anexo ao Laudo de fls. 2421-2447 conversas de JACIEL (48 9166-0864) com ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), onde o vulgo de VANDERLEI, ou seja, “Pokemon” (confirmado em seu interrogatório – fl. 2190-2191) é referido.

Lá, JACIEL pede para ADRIANO pagar ao mesmo e posteriormente acertariam, o que demonstra claramente o envolvimento de VANDERLEI na associação para o tráfico de entorpecentes:

[01/10/2016 22:05:51] <este aparelho>: Salve noma

[01/10/2016 22:06:18] <este aparelho>: Tens como lansa 100 real **Pokemon segunda te lansa**

É o quanto basta para se afirmar que VANDERLEI efetivamente estava associado para o tráfico com os demais. Aliás, na análise das provas envolvendo os outros também é possível encontrar elementos vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

IZAQUE MACIEL FERNANDES, vulgo Ninho

IZAQUE não foi preso no dia da operação. Ficou foragido até o término da instrução processual.

Contudo, as funções de IZAQUE na associação para o tráfico já estavam relatadas no Relatório de fl. 43 e 247, inclusive em fotos (fls. 79-80, 139 e 142) e vídeo (de 21 de junho - fls. 458 dos autos apensos 900100-06).

Era o agente que claramente aparece nas filmagens vendendo drogas no turno da manhã, onde pode ser visto com entorpecentes, sacolas, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos.

IZAQUE aparece nas imagens juntamente com PAULO ROBERTO (de calça com listras brancas), ambos revezando nas funções de contenção e venda de drogas.

Mesmo que tenha sustentado em seu interrogatório (fls. 3228-3229) que não vendia drogas no bairro, não participando de nenhuma associação ao tráfico, a prova dos autos é suficiente para desmenti-lo.

IZAQUE efetivamente estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelas imagens e todo o levantamento policial realizado, onde consta que em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados.

IZAQUE realizava a venda de drogas igualmente em pontos determinados daquela localidade. Um dos policiais destacou as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que no horário das 7 até as 13, eles ficavam na mesma rua, na terceira transversal; **que nesse horário visualizou Paulo Roberto Machado – Paulinho Machado, Izaque** e um menor de 13/14 anos que não se recorda o nome; que visualizou essas pessoas comercializando, embalando e entregando entorpecentes.” (fl. 2021)

No *Facebook* IZAQUE mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO DA ROSA, RICHARD, JEFERSON, PAULO, DANIEL, PATRICK, JOILSON, THIEGO, ERLANDO e ARTUR, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às fl. 2286.

Também constam dos autos as mensagens encontradas no celular de PATRICK (fls. 2490-2515), além daqueles outros apreendidos e periciados, que demonstram PATRICK conversando com MARCIANO (48 9108-1471) sobre IZAQUE. Em uma dessas conversas MARCIANO pergunta para PATRICK se o mesmo tem “bala” (o que tanto pode se referir a munições como entorpecentes). PATRICK então responde que “*tem como Isac*”:

[11/09/2016 01:40:42] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 01:41:11] <554891081471>: N era vc q ia pega na madrug

[11/09/2016 02:53:30] <este aparelho>: N

[11/09/2016 04:00:25] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 04:00:35] <554891081471>: Tem bala ai?

[11/09/2016 04:01:24] <este aparelho>: tem com o isac

Existem ainda nos autos vários outros elementos probatórios com referência à IZAQUE, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

DANIEL ARMANDO ALVES

As funções de DANIEL na associação para o tráfico igualmente já estavam relatadas no Relatório de fl. 43 e 247, inclusive em fotos (fls. 83) e vídeo (de 21 de junho - fls. 458 dos autos apensos 900100-06).

Era o agente que aparece claramente nas filmagens de calça vermelha e touca vendendo drogas no turno da tarde, onde inclusive pode ser visto entregando o entorpecente depois de receber o dinheiro.

DANIEL aparece nas imagens juntamente com LAUREANO (de bermuda branca), ambos revezando nas funções de contenção e venda de drogas.

Mesmo que tenha sustentado em seu interrogatório (fls. 3228-3229) que não vendia drogas

no bairro, não participando de nenhuma associação ao tráfico, a prova dos autos é suficiente para desmenti-lo.

DANIEL estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelas imagens e todo o levantamento policial realizado, onde consta que em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados.

Adite-se que DANIEL foi preso em sua residência onde encontrado um rádio comunicador utilizado pelos traficantes, conforme termo de **fl. 402**.

DANIEL, aliás, realizava a venda de drogas igualmente em lugares determinados daquela localidade. Trata-se de um ponto de ônibus onde consta uma pixação com a inscrição “STR”. Os policiais destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que num ponto de ônibus ficava o Daniel Armando Alves – Muca – responsável pela venda da droga, Laureano – responsável pela contenção, ficava armado e mais um menor que não se recorda o nome que fazia a função de rádio comunicador” (**fl. 2021**)

“que Daniel Alves, visualizou ele vendendo cocaína num ponto de ônibus e no dia da operação ele estava como olheiro” (**fl. 2024**).

No *Facebook* DANIEL mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO DA ROSA, RICHARD, JEFERSON, PAULO, IZAQUE e CLAUDINEI, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2287**.

DANIEL efetivamente estava associado para vender drogas no local. Isso também fica absolutamente claro, insisto, pelas mensagens e fotos encontradas nos celulares periciados, a exemplo daquela que aparece no celular de JEFERSON (**fls. 2452-2489**).

Lá, mais especificamente no dia 24/09/2016 (10:11:26), DANIEL pede para JEFERSON, através de mensagem no *Facebook*, para este último lançar mais drogas para venderem naquele dia, dizendo “*tem a condição de passa umas 10 @ hj o nois gira na resposta. So tu memo feio amanha tua merreca ta na mao*”. JEFERSON então escreve: “*vom v feo*”. Mais tarde (23:00:50) DANIEL pede para mais drogas: “*Sbd so tu memo Joga mais 15@ na do irmão. P mim ta girando ai pa tu fiel!*”

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à DANIEL, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO

A despeito da negativa de THIAGO, que em seu interrogatório (**fl. 2192-2193**) inclusive tentou justificar a apreensão de um caderno com anotações do tráfico em sua residência (**fls. 422**), as funções do mesmo na associação para o tráfico igualmente já estavam relatadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 97**) vídeos (**fls. 458 dos autos apensos 900100-06**)

Era o agente que aparece nas filmagens de touca preta vendendo drogas no turno da noite, onde inclusive pode ser visto claramente entregando o entorpecente depois de receber o dinheiro.

THIAGO aparece nas imagens juntamente com ERLANDO (de moletom preto e vermelho), este na função de contenção e o primeiro na venda de drogas.

THIAGO estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelas imagens e todo o levantamento policial realizado, onde consta que vendia drogas em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados.

Ademais, na residência de THIAGO foi apreendido um caderno com anotações de tráfico, conforme termo de **fl. 422**, o qual se encontra às **fls. 2656, 2675-2676**.

A palavra “*corre*” no caderno nitidamente delimita as anotações do tráfico feitas por THIAGO. Às **fl. 2665** consta o vulgo de MARCIANO, ou seja, “*Mutante*”, cujo nome também está escrito às **fl. 2668** (“*Marciano Med*”, ou seja, MARCIANO MEDEIROS).

Já às **fl. 2672** constam “*70g de corda*”, “*100g de pó*”, “*30g de pó*” e “*20g de pedra*”. Às **fl. 2675**, a expressão “*mofu*”, que se refere ao anagrama de “fumo”, também escrita às **fl. 2676**

THIAGO, enfim, realizava a venda de drogas igualmente em pontos determinados daquela localidade. Trata-se de um pequeno barraco com iluminação e com grande movimentação de usuário, conforme as imagens revelam. Os policiais destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que das 18 até as 1, eles usavam a primeira rua também; (...) que nesse período era o que mais tinha pessoas envolvidas no comércio; que tinham dois que faziam a venda - Joilson e Thiago Azevedo – que esses dois eram responsáveis pela venda” (**fl. 2021**)

Constam ainda conversas de THIAGO, conforme CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400** do celular do mesmo (48 9864-6581), com ARTUR (48 9106-0796), onde tratam de um indivíduo de nome João Vítor que teria roubado um celular de um conhecido de ARTUR (conforme **fls. 37** do relatório do CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400**), e onde o nome de JEFERSON (“*Jeff do Sem Terra*”) também é referido.

Igualmente consta uma conversa de THIAGO com PATRICK em 02/09/2016 (**fl. 38** do relatório do CD)

E nesse mesmo CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400** do celular de THIAGO ainda existem inúmeras fotografias de armas (pistolas, revólveres, escopetas etc), drogas (maconha, *ecstasy*), além de maços de dinheiro. Em uma delas, aliás, é possível ver o réu ZELI SANTANA juntamente com JEFERSON, este último com um rádio comunicador pendurado ao pescoço, ambos em um possível ponto de vendas de drogas.

No *Facebook* THIAGO mantém amizade com inúmeros dos denunciados: RICHARD, JEFERSON, ARTUR, PATRICK, THIEGO, MAYCON e ZELI, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2295**.

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à THIAGO, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

MARCIANO MEDEIROS PAZ, vulgo Mutante

MARCIANO não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**. Tampouco aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

O fato tem explicação simples: MARCIANO era foragido do sistema penitenciário desde 22/12/2015 (**fl. 18 dos autos apensos 2115-70**) e por isso exercia as funções na associação para o tráfico quase que apenas no turno da madrugada, a fim de não se expor ao risco de ser abordado pela polícia durante o dia.

Isso fica absolutamente claro nas mensagens trocadas com sua companheira Shaiane, as quais encontradas no celular do mesmo (48 9108-1471) (constam várias fotos do mesmo no aparelho), conforme laudo pericial de **fls. 2757-2762** e CD anexo aos autos:

[16/07/2016 19:46:30] <me>: vai trampa até q hrs?

[16/07/2016 19:47:18] <554891081471>: uma

[16/07/2016 19:47:21] <554891081471>: acho

[02/08/2016 16:02:53] <me>: vc nem bola pra mim da nem se quer pergunta se tou bem nem ir na mãe comigo pode **esse teu turno da noite ta uma merda**

[02/08/2016 16:03:32] <me>: sei q tenho q intender mais nos não temos mais tempo pra nada nem pra ficar 5 minutos juntos

[08/08/2016 00:13:01] <me>: vai ficar até q hrs?

[08/08/2016 00:28:26] <me>: dae

[08/08/2016 00:31:56] <554891081471>: a noite toda se pa

[08/08/2016 00:37:22] <me>: bah

[08/08/2016 00:37:24] <me>: q rocha

[08/08/2016 00:37:45] <me>: **mais ta bom prefiro assim q não arrisca sua liberdade**

[08/08/2016 00:38:13] <me>: assim nós não tamos babando na cama moscando

[08/08/2016 00:38:19] <me>: **assim vc tá na a ti a**

[08/08/2016 00:38:26] <me>: **ativa**

Sem embargo, MARCIANO fazia parte de grupos de WhatsApp (registrado nos contatos de ELISEU como “Mt”, ou seja, abreviação de “Mutante”) tal como consta do celular de JEFERSON, segundo informações extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2421-2451**, onde constam LAUREANO (48 9820-8661), MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU

SENCA (48 9631-6142), PATRICK (48 9676-9436), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. 2427, 2431, 2433 e 2448) e onde os assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam, era a tônica das conversas.

Também MARCIANO aparece nas conversas em grupo extraído do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, onde o mesmo trata com JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), JACIEL (48 9138-6805 e 48 9166-0864), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), ERLANDO (48 9191-0225) e ELISEU (48 9631-6142).

Inicia com MARCIANO questionando se no “Galpão 1 tem radio?”, PATRICK dizer “bom dia rapaziada” e JACIEL perguntar “cadê os mano?”. Recebe então a resposta de que “não vieram nem buscar os comunicador”. ERLANDO afirma que “o curita tá doente ainda feio”, insistindo JACIEL que “tá bagunça ai na fvl então” e que “tem varios mano na fvl ai pra da apoio la na frente”. PATRICK então diz que “vo lah” e JACIEL confirma “pdc então pega radio lá fica lá”.

Na sequência, JEFERSON adverte “ngm na contenção”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON: “vamos ver isso logo je”. MARCIANO responde que “vou la fk nessa função” e ERLANDO então diz que “o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada”. (fl. 2526)

Da mesma forma em conversas extraídas daquele grupo, do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, MARCIANO avisa a todos no dia da eleição (02/10/2016): “Rapazes” “tem que leva a parente do cabelo da contenção vota ela é deficiente”, “só vcs” “q tem carro leca” “leva”.

Igualmente no mesmo grupo, no dia da operação (06/10/2016), ADRIANO MARIANO quem “printa” uma notícia sobre a operação (fl. 2427), depois de MARCIANO encaminhar mensagem para o grupo avisando: “monte de Policia, 2 van e 4 moto da tático”.

No mesmo dia, conforme áudio extraído do grupos de WhatssApp que constam do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, é possível encontrar um áudio encaminhado por MARCIANO (48 9108-1471) avisando sobre “um monte” de policiais no bairro.

Também constam dos autos as mensagens encontradas no celular de PATRICK (fls. 2490-2515), além daqueles outros apreendidos e periciados, que demonstram PATRICK conversando com MARCIANO (48 9108-1471).

Em uma dessas conversas MARCIANO pergunta para PATRICK se o mesmo tem “bala” (o que tanto pode se referir a munições como entorpecentes). PATRICK então responde que “tem como Isac”:

[11/09/2016 01:40:42] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 01:41:11] <554891081471>: N era vc q ia pega na madrua

[11/09/2016 02:53:30] <este aparelho>: N

[11/09/2016 04:00:25] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 04:00:35] <554891081471>: Tem bala ai?

[11/09/2016 04:01:24] <este aparelho>: tem com o isac

E em outra, MARCIANO pede para PATRICK ficar no seu lugar naquele “turno”:

[14/09/2016 00:42:45] <554891081471>: Tao

[14/09/2016 00:42:58] <554891081471>: Tas na baia?

[14/09/2016 00:43:28] <554891081471>: Q horas é teu corre

[14/09/2016 00:43:28] <este aparelho>: Tô

[14/09/2016 00:43:31] <este aparelho>: Amanhã

[14/09/2016 00:43:35] <este aparelho>: 13:30

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Fmx

[14/09/2016 00:49:06] <este aparelho>: pq?

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Ia vê se VC guentava meu corre mas de boa

Adite-se que na residência ocupada por MARCIANO foram apreendidos 100 gramas de cocaína, 9 comprimidos de *ectasy*, 1 rádio comunicador (utilizado pelos traficantes), além de um 1 balança de precisão, caderno contendo anotações do tráfico, e uma arma de fogo com dois carregadores de pistola e diversas munições (**fls. 07 dos autos apensos 002115-70**). Todos, evidente, utilizados para o comércio de entorpecentes.

Por fim, registre-se que no *Facebook* MARCIANO mantém um perfil de casal (Shayane Marciano) onde mantém amizade com os denunciados: JEFERSON e CLAUDINEI, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2304**.

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à MARCIANO, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO

Segundo o Relatório de **fl. 43 a 247**, RICHARD foi identificado como o indivíduo que exercia a função de olheiro no turno da madrugada, enquanto a venda era exercida por ADRIANO ROSA.

Não foi possível captar imagens do mesmo durante o período noturno, como esclarecido nos depoimentos dos policiais, que no entanto realizaram diligências no local para descortinar a participação de RICHARD.

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que da 1 da manhã até as 7 da manhã eles ficavam na primeira rua; que nesse horário visualizou eles em 4 pontos; (...) que conseguiu identificar a pessoa de Pixa – Adriano Moreno da Rosa – **e o Richard que ficava na função de comunicador** e outro denominado de

“Marquinhos” e mais outros que não foi possível identificar; que nesse horário, da 1 às 7, eles ficavam em dois pontos” (fl. 2021)

Sem embargo, a participação de RICHARD na associação para o tráfico pode ser confirmada a partir das mensagens extraídas do celular de MARCIANO (conforme laudo pericial de fls. 2757-2762 e CD anexo aos autos). Lá consta a seguinte mensagem, trocada entre MARCIANO e sua esposa, que confirma a associação para o tráfico de RICHARD no turno da madrugada:

[03/08/2016 01:16:33] <me>: mo

[03/08/2016 01:16:36] <me>: vai querer

[03/08/2016 01:16:40] <me>: comer algo

[03/08/2016 01:16:42] <me>: algo

[03/08/2016 01:19:41] <554891081471>: Já vou

[03/08/2016 01:19:52] <me>: ty amo

[03/08/2016 01:36:12] <554891081471>: ha vo t que fica dp novo o rixar não veio faz café amor bem gostoso

[03/08/2016 01:36:45] <me>: tá bom vida

Aqui, vale reiterar que MARCIANO, por ostentar a condição de foragido, trabalhava no mesmo turno que RICHARD, ou seja, de madrugada, o que corrobora aquela mensagem.

RICHARD estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelo levantamento policial realizado, onde consta que em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados, conforme fls. 43 a 247.

No *Facebook* RICHARD mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO ROSA, JEFERSON, THIEGO, THIAGO, DANIEL e JOILSON, conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às fl. 2284.

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à RICHARD, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

THIEGO WILSON DA SILVA

Segundo o Relatório de fl. 43 a 247, THIEGO foi identificado como o indivíduo que exercia a função de contenção no primeiro turno da, ou seja, das 18 até as 1 hora, enquanto a venda seria exercida por JOILSON e THIAGO.

Não foi possível captar imagens nítidas do mesmo durante o período noturno, como esclarecido nos depoimentos dos policiais, que no entanto realizaram diligências no local para descortinar a participação de THIEGO.

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que das 18 até as 1, eles usavam a primeira rua também; (...) que nesse período, era o que mais tinha pessoas envolvidas no comércio; que tinham dois que faziam a venda – Joilson e Thiago Azevedo – que esses dois eram responsáveis pela venda; que o Catraca e o Thiago Wilson eram responsáveis pela contenção; que Catraca é a pessoa de Erlando Júnior; que inclusive o Thiago Azevedo, teve um dia que ele tava fazendo a venda” (fl. 2021)

Assim, conforme consta às fl. 155, a partir de informações do colaborador os policiais lograram identificar THIEGO entre aqueles que realizavam a venda de drogas no período noturno.

Adito, aliás, que é possível encontrar o número do celular de THIEGO nos contatos de JEFERSON e MARCIANO, conforme laudo pericial e CD anexo dos celulares dos mesmos. Trata-se do número 48 9139-8164.

Lá, mais especificamente no celular de JEFERSON, consta uma mensagem encaminhada pelo próprio THIEGO para um grupo de *WhatsApp* do qual JEFERSON e PATRICK também fazem parte, onde aquele remete uma foto sua (conforme fl. 148 do CD anexo do laudo de fls. 2421-2451).

THIEGO (48 9139-8164) ainda fazia parte de um outro grupo de *WhatsApp* com os principais acusados (foi adicionado por JEFERSON), tal como consta do celular de JEFERSON, segundo informações extraídas do laudo e CD anexo de fls. 2421-2451, onde aparecem MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), JACIEL (48 9166-0864, 48 9156-6971 e 48 9138-6805), ERLANDO (48 9191-0125) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) e ZELI SANTANA (48 9638-3548) (fls. 2427, 2431, 2433 e 2448).

Embora esse grupo aparentemente trate de um jogo de video game *online*, MARIANO encaminha um video no dia 04/10/2016 às 22:55:54 onde é possível ver uma arma de fogo ao fundo, ou seja, um revólver.

Sem embargo, consta ainda do CD do laudo pericial de JEFERSON conversas deste com THIEGO. Na primeira (de 30/09/2016) JEFERSON pede dinheiro referente a venda de *ecstasy*. E na seguinte THIEGO pede para JEFERSON providenciar 100 comprimidos de *ecstasy* (“rodas”, como é dito) para que seja realizada uma venda para um terceiro comprador. Acompanha aquela conversa, aliás, os áudios encaminhados pelos interlocutores (conforme fl. 302 do CD anexo ao laudo pericial fls. 2421-2451).

Consta ainda mensagem encaminhada por THIEGO no dia da operação (06/10/2016) para outro grupo de WhatsApp com os seguintes dizeres “*Casarão tá d boa*”, ou seja, se referindo a outro conhecido ponto de venda de drogas, a Rua Alvina Simas Reis, chamado de Casarão, isso após ser postado no grupo de mensagens uma notícia sobre a operação Ragnarok em andamento.

Adito, aliás, que THIEGO já foi preso por tráfico de entorpecentes na Comarca, isso no dia 24/12/2015, quando transportava juntamente com um terceiro, 28 comprimidos de *ecstasy* e 04 gramas de maconha. Isso lhe rendeu uma sentença condenatória nos autos 0000010-23.2016.8.24.0072, atualmente em grau de recurso.

THIEGO, enfim, estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelo levantamento policial realizado, onde consta que em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados, conforme fls. 43 a 247.

Aliás, no Facebook THIEGO mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO DA ROSA, RICHARD, IZAQUE, DANIEL, JEFERSON, PATRICK, JOILSON, PAULO ROBERTO, ARTUR, ZELI e CLAUDINEI, conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às fls. **2293**. Segundo fl. **2280**, juntamente com ADRIANO ROSA e JEFERSON, é possível perceber que THIEGO praticamente concentra os relacionamentos com os demais acusados.

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à THIEGO, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

ZELI SANTANA JÚNIOR

ZELI não foi identificado no Relatório de fls. **43 e 247**. Tampouco aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

Isso tem explicação: ZELI aparentemente exercia as funções na associação para o tráfico no turno da noite, quando havia grande movimentação de integrantes dos traficantes associados e dificuldade de realização de filmagens e monitoramentos.

Sem embargo, a participação de ZELI no tráfico fica absolutamente clara nas mensagens encontradas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de fls. **2516-2533** do celular de PATRICK.

É no celular de PATRICK que se encontram várias fotografias do próprio ZELI (o popular “*selfie*”) para PATRICK e outros grupos de *WhatsApp*, a exemplo daquelas de fls. **372, 375, 441, 488, 501 e 571** CD anexo do laudo de fls. **2516-2533** do celular de PATRICK.

Inexiste, por isso, mínima dúvida que ZELI SANTANA fazia uso do celular n. 48 9638-3548.

Assim, ZELI SANTANA (48 9638-3548) participa daquele grupo dos traficantes e conversa com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9138-6805 e posteriormente 48 9166-0864), PATRICK (48 9676-9436) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. **2427, 2431, 2433**). Lá, são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais ZELI estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias revelam.

Assim, no dia 17/09, depois de JACIEL (com telefone 48 9138-6805) perguntar às 20:32:01 “*como tá aí*” e ADRIANO MARIANO responder “*tudo?*”, PATRICK encaminha uma mensagem para aquele grupo às 21:39:41 dizendo “*boa noite rapaziada*” (fls. **1090** CD anexo do laudo de fls. **2516-2533** do celular de PATRICK), ao que MARCIANO responde “*so VC faze eu ri*” “*Caatinga*”.

ZELI SANTANA então avisa à todos do grupo em mensagem às 21:49:16 daquele mesmo dia: “*não chego ninguém no galpão 2*”. E conforme bem esclarecido no Relatório de fls. **43 a 247**, **mais precisamente às fls. 52**, e inúmeras referências nos depoimentos dos policiais, o “Galpão 2” era uma esquina da Rua Adriel de Menezes com a 3ª transversal, ou seja, um dos pontos de venda de

drogas. ZELI então estava avisando a todos que naquele horários os traficantes encarregados ainda não haviam chego para o “trabalho”.

ADRIANO MARIANO então escreve “*I lobo*”, se referindo obviamente ao réu LAUREANO, conforme já exposto. E a conversa segue com mensagens de MARCIANO, JACIEL SENCA, JEFERSON MELLO e ADRIANO ROSA.

E ainda naquele mesmo grupo, ZELI posta uma foto de uma pistola com carregador e rádio comunicador, acompanhada de vários tipos de entorpecentes (como maconha e cocaína) e dinheiro naquele mesmo dia 17/09/2016, conforme **fls. 1083** do CD anexo do laudo de **fls. 2516-2533**.

Observo, aliás, que às **fls. 440** do CD anexo do laudo de **fls. 2516-2533** do celular de PATRICK, ZELI encaminha para outro grupo no dia 01/09/2016 pelo menos 3 fotos portando uma pistola e escreve: “*9m*” “*vem q vem*”. ARTUR (48 9106-0796) então pergunta “*tá na biqueira*” e ZELI responde “*não to na biqueira*”. Ressalto que inexistente mínima dúvida que a foto do indivíduo com a arma se trata de ZELI, já que às **fls. 441** do CD anexo do laudo de **fls. 2516-2533**, nas mensagens seguintes, o mesmo posta duas fotos suas com a mesma roupa daquele que aparece segurando a pistola.

Ademais, também ZELI encaminhou para o grupo inúmeras fotos da planta de maconha (**fls. 372, 373, 449 e 450** do CD anexo do laudo de **fls. 2516-2533**) que, durante a operação, seria apreendida em sua residência (**fls. 13 dos autos apensos 2112-18**). Lá o mesmo descreve como a planta estava crescendo e chega a dizer em determinada mensagem “*ESE vo da pro artur*”, se referindo ao réu ARTUR que responde “*só agradeço daki um mês vamo tá fumando camarão*”.

Adite-se que o local da prisão de ZELI era um dos alvos das buscas, sendo que no momento da prisão foi encontrado na posse do mesmo vinte comprimidos de *ecstasy* que estavam escondidos no bolso da calça, segundo depoimento de **fl. 06 dos autos apensos 2112-18**, além de, dentro da residência, outro tipo de droga (além da planta de maconha): cocaína em três pacotes menores com 211 g, conforme termo de apreensão de **fl. 13 daqueles mesmos autos apensos**.

Como se vê, existe prova substancial no processo de que ZELI estava associado com grande parte dos demais acusados para vender drogas no local.

No *Facebook*, aliás, ZELI mantém amizade com inúmeros dos denunciados: ADRIANO ROSA, ADRIANO MARIANO, IZAQUE, JEFERSON, THIEGO, THIAGO, MAYCON, CLAUDINEI e JOILSON, conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2301**.

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à ZELI, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

CLAUDINEI MARCOS VENTURA

CLAUDINEI também não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**. Tampouco aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

Isso não eclipsa, porém, o fato de existirem nos autos elementos bastantes para se afirmar que o mesmo estava associado com os demais para o tráfico de entorpecentes.

Primeiro, a participação de CLAUDINEI no tráfico fica absolutamente clara nas mensagens encontradas em grupos de *WhatsApp* extraídas dos laudos e CD anexos de **fls. 2452-2489**, ou seja, do celular de JEFERSON.

Lá constam várias fotografias de CLAUDINEI encaminhadas para o grupo de *WhatsApp* onde estavam os réus ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ADRIANO ROSA (48 9133-9278) ELISEU (48 9631-6142), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9166-0864 e 9138-6805), conforme **fls. 87 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489**.

As mesmas fotos, aliás, podem ser encontradas no CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2421-2451** (celular de JACIEL) e laudo pericial de **fls. 2490-2515** (celular de PATRICK).

De fato, as fotos foram encaminhadas ao grupo por ELISEU (48 9631-6142) no dia 04/10/2016 às 20:39, onde CLAUDINEI (cuja imagem pode ser conferida com aquela do interrogatório – **fls. 2218-2219**) aparece com um rádio comunicador.

E tendo em conta as provas encontradas na residência de ELISEU, em especial no sistema de câmeras instalado (laudo pericial de **fls. 2951-2957**), é possível afirmar que, tal como VANDERLEI, a foto de CLAUDINEI foi tirada na área externa da residência do denunciado ELISEU, conforme imagem juntada pelo Ministério Público às **fl. 3400**, ou seja, no corpo das alegações finais.

Isso, reitere-se, com o CLAUDINEI na posse um rádio comunicador, o qual utilizado pelos traficantes para se comunicar com os demais e monitorar a entrada de viaturas policiais no local – conforme reiterados depoimentos dos milicianos – **fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042** e áudios de **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**.

Assim, tal como VANDERLEI, parece claro que CLAUDINEI estava fazendo a segurança da residência daquele apontado pelas investigações como líder dos traficantes associados, ou seja, ELISEU SENCA.

Adito que possivelmente CLAUDINEI seja o contato encontrado naquele grupo de *WhatsApp* utilizado pelos traficantes que faz uso do celular n. 48 9628-7178 e que tem alcunha de “*Curita*” (como consta dos celulares de JEFERSON e PATRICK) ou “*XN*” (como consta dos celulares de MARCIANO e JACIEL).

A afirmação se lastreia na fotografia que consta dos contatos do celular de MARCIANO (**fls. 18 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2757-2762**) e PATRICK (**fls. 1046 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2490-2515**), assim como o áudio de **fls. 87 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489**, este encontrado no celular de JEFERSON, em comparação com as imagens do réu que constam do interrogatório de **fls. 2218-2219**.

Assim, CLAUDINEI, com alcunha lá de “*Curita*” (48 9628-7178) participa daquele grupo

dos traficantes e conversa com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9138-6805 e posteriormente 48 9166-0864), PATRICK (48 9676-9436) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (**fls. 2427, 2431, 2433**). Lá, são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais CLAUDINEI estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias revelam.

No *Facebook*, aliás, CLAUDINEI mantém amizade com inúmeros dos denunciados: DANIEL, JEFERSON, THIAGO, ZELI e MARCIANO, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2303**.

Não fosse o bastante, observo que no dia da Operação Ragnarok CLAUDINEI foi preso em flagrante em uma residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, em frente ao n. 1.042, bairro Jardim Progresso, quando os policiais encontraram 1 (uma) pistola, calibre .45, 2 (dois) carregadores e 12 (doze) munições, calibre .45, todas de uso restrito (termo de apreensão de **fls. 13 dos autos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072**).

Além disso, conforme termo de apreensão de **fl. 13 dos autos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072** os policiais também encontraram com o denunciado **dois rádios comunicadores**, ou seja, os mesmos instrumentos utilizados pelos traficantes que realizavam a contenção e, no caso, iguais aquele em que o CLAUDINEI aparece na fotografia encaminhada ao grupo de traficantes por ELISEU.

No ponto, registro que a apreensão da arma e do rádio comunicador está devidamente demonstrada pelos depoimentos dos policiais na fase extrajudicial **fls. 7 e 8 dos autos apensos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072**, devidamente corroboradas em juízo (**fls. 2022 e 2023**).

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à CLAUDINEI, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

HELTON AFONSO PIFFER, vulgo Toé

Segundo o Relatório de **fl. 43 a 247**, HELTON foi identificado como o indivíduo que exercia a função de “armeiro”, ou seja, seria o agente responsável pela aquisição das armas usadas pelos traficantes.

Inexistem imagens do mesmo durante o período em que o colaborador realizou as filmagens do cotidiano dos traficantes.

Isso, contudo, não eclipsa o fato de que HELTON foi preso em flagrante, em uma das duas ruas daquela mesma localidade Jardim Progresso (mais precisamente na Adriel de Menezes), no dia 05/08/2016 com uma pistola glock, calibre 9mm e carregador, além de rádios comunicadores, em circunstâncias bem delineadas nos autos 0001658-38.2016.8.24.0072, conforme **fls. 606-655**.

Tanto lá, onde o denunciado restou condenado, como nestes autos constam os depoimentos

dos policiais civis que realizaram a prisão de HELTON. Sobreleva, no ponto, a declaração do policial Giuliano de **fls. 3175**, o qual afirmou que, após a abordagem de HELTON, foi possível ouvir pelo rádio comunicador, também encontrado com o mesmo, outros criminosos pedindo apoio pois eram apenas dois policiais.

O depoimento do policial, destaque, corrobora aquele já prestado na fase policial por outro agente nos autos 0001658-38.2016.8.24.0072 (aqui juntado às **fl. 613**), onde o policial civil Jean referiu em seu depoimento: *“junto ao poste onde estava o conduzido quando o viram, encontraram um rádio tipo HT, para comunicação, que estava ligado e puderam escutar falarem “no quadrante, dois policiais, num gol branco, pegaram um irmão”*. Reside aí, penso, uma demonstração clara da vinculação de HELTON com os traficantes locais desde antes de sua prisão e, registro, posteriores às gravações realizadas pelo colaborador.

Ainda que os rádios comunicadores apreendidos naquela época não sejam iguais àqueles outros encontrados no dia da operação, o fato é bem esclarecido no depoimento do policial de **fls. 2042**. O agente público, de fato, destacou que os traficantes “trocaram” os rádios para não serem interceptados em suas comunicações, fato este revelado pelo colaborador. Foi necessário, assim, que os policiais militares adquirissem novos rádios para continuar o monitoramento.

Valem também as referências feitas por este juízo por ocasião da decisão de **fls. 265 dos autos apensos 0900100-06** que decretou a prisão preventiva do denunciado. Lá expressamente tanto consignei a prisão de HELTON no dia 05/08/2016, como o fato de o mesmo já ter sido também preso e condenado por tráfico em 11/03/2012 naquela mesma rua Adriel de Menezes. Trata-se, portanto, de indivíduo que há muito se dedica ao tráfico de drogas no mesmo local.

No mais, HELTON, que também tem o apelido de “Toé”, mesmo após a prisão em 05/08/2016 manteve contatos telefônicos com os demais traficantes até o dia da operação.

Primeiro com um celular de n. 47 9662-7306, conforme **fl. 87** do CD anexo ao laudo pericial do celular de JEFERSON de **fls. 2452-2489**, quando ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) “printa” no grupo uma conversa com HELTON onde este escreve: *“Dae. Tão feio, toe aqui”*. E ELISEU (48 9631-6142) responde no grupo: *“tão gordo” “e ele mesmo” “falace com ele já ?”*. E ADRIANO MARIANO diz: *“to falando”*.

Depois, em 01/10/2016 com o n. 48 9133-9604, o qual os demais traficantes, especialmente ELISEU e JACIEL “pagaram” para o mesmo, conforme **fls. 78-79** do CD ao laudo pericial do celular usado por JACIEL de **fls. 2421-2451 e fls. 87-88** do CD anexo ao laudo pericial do celular de JEFERSON de **fls. 2452-2489**

De fato, a “compra” do celular (um “radinho” – como é chamado) para HELTON foi autorizada por ELISEU SENCA em 30/09/2016, expressamente no grupo de *WhatsApp*, pelo valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), assim:

[30/09/2016 09:49:23] <ADRIANO MARIANO>: to vendo se raidinho pra vende la pra ele fica na linha com nois

[30/09/2016 09:49:55] <ELISEU SENCA>: fmz tmj

[30/09/2016 09:50:05] <ELISEU SENCA>: manda abraço
 [30/09/2016 09:50:38] <ADRIANO MARIANO>: fmx
 [30/09/2016 09:50:49] <ADRIANO MARIANO>: 5 mil um raidinho lá dentro
 (...)
 [30/09/2016 09:51:13] <ADRIANO MARIANO>: 2500 metade
 [30/09/2016 09:51:27] <ELISEU SENCA>: **da nada nosso firma e rica**
 [30/09/2016 09:51:58] <ELISEU SENCA>: **vamo compra**
 [30/09/2016 09:52:06] <ELISEU SENCA>: **sim**
 [30/09/2016 09:52:34] <ELISEU SENCA>: **e o toe tá precisando**
 [30/09/2016 09:52:36] <ELISEU SENCA>: não tem preço

De qualquer forma, como já referido, em 01/06/2016, ou seja, no dia seguinte, HELTON já estabelece contato com JACIEL (48 9166-0864) através do telefone n. 48 9133-9604, onde é salvo nos contatos desse com a letra “T”, ou seja, a inicial de “Toe”, e onde JACIEL, para assegurar que estava falando com HELTON, inicialmente o chama por seu outro apelido, qual seja, “G3” (apelido já referido no Relatório de **fls. 43-247**).

[01/10/2016 11:44:45] <JACIEL SENCA>: **G3 ai**
 [01/10/2016 11:45:16] <T>: Daee
 [01/10/2016 11:45:19] <T>: Feio
 [01/10/2016 11:45:21] <T>: pw mano

Nessa mesma conversa, aliás, JACIEL assegura a HELTON que pagará à advogada do mesmo (aquela que defendeu HELTON nos autos 0001658-38.2016.8.24.0072, Dra. Cintia), o que bem demonstra o estreito vínculo de HELTON com os demais traficantes, especialmente aqueles (ELISEU, ADRIANO MARIANO e JACIEL) apontados como líderes dos associados ao tráfico.

Aquele vínculo, aliás, se manteve mesmo após a prisão de HELTON antes da operação, já que tanto conseguiram um celular para o mesmo dentro da cadeia como ainda prometeram o pagamento da advogada que o defendia.

E a função de HELTON como responsável pela aquisição das armas dos traficantes restou bem clara na conversa de JACIEL com LAUREANO, a qual pode ser encontrada às **fls. 17** do CD anexo ao laudo pericial do celular de LAUREANO de **fls. 2516-2533**. Lá, JACIEL faz referência à HELTON quando conversa com LAUREANO e fala do: *“Tiozinho q toe lansava máquina pra ele”*, ou seja, o terceiro de quem HELTON (Toé) comprava armas (“lançava máquina” – “máquina” = arma) dos traficantes associados.

Aliás, em outra conversa de HELTON com JACIEL (agora no dia 04/10/2016), este questiona ao último quem estava exercendo suas funções no grupo criminoso desde a prisão (*“quem ta fazendo a mão prati”*), ao que JACIEL responde: *“feio quem tá fazendo Lages. Ele único mas capacitado”*.

“Lages”, aliás, aparece entre os contatos do celular de JACIEL e naquele grupo de WhattssApp dos traficantes, conforme **fls. 03** do CD ao laudo pericial do celular usado por JACIEL de **fls. 2421-2451**.

Na mesma conversa JACIEL ainda conta que “*Lobisome ta no fumo mas ele me deu uns preju no começo*”, obviamente se referindo ao réu LAUREANO, conhecido como “Lobo ou Lóbi”. E ainda comenta com HELTON que o “*corre de fumo ta fraco*”.

Ao final, HELTON avisa: “*so diz pra ele nem se apega*” “*q logo to ai*” “*e o lobo tabem*”, revelando assim a renitência em perpetrar o tráfico de entorpecentes e manter-se associado com os demais. Ao final, JACIEL diz: “*Importante nois ta vivo e unido*”.

Na tarde do mesmo dia (04/10/2016), porém, JACIEL manda uma mensagem para ELISEU questionando este e confirmando o apoio para HELTON, conforme **fls. 40** do CD anexo ao laudo pericial do celular de JACIEL de **fls. 2421-2451**:

[04/10/2016 19:07:23] <este aparelho>: **Feio falase pro Elton a eu não ia apoia ele la**

[04/10/2016 19:07:35] <este aparelho>: **Porra gostei monte**

[04/10/2016 19:07:39] <este aparelho>: **Ja com ele**

[04/10/2016 19:07:40] <este aparelho>: La

[04/10/2016 19:08:04] <este aparelho>: **Tela advogado esee radinho q ta indo tem parte minha tbm**

[04/10/2016 19:08:22] <este aparelho>: Nao sei q ta acontecendo

[04/10/2016 19:09:16] <este aparelho>: Dae falase pra ele q ru nao ia apoia ele e verdade isso feio

[04/10/2016 19:09:26] <este aparelho>: Nao to entendendo

Resta evidente, portanto, que mesmo preso HELTON não foi esquecido dentro dos traficantes associados, assim como manteve o contato com aquele grupo para, tão logo posto em liberdade, voltar a auxiliá-los no tráfico de entorpecentes, como vinha fazendo.

Por fim, registro que no Facebook HELTON mantém amizade com os denunciados: ADRIANO DA ROSA e JEFERSON, conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2283**.

Assim, existem igualmente nos autos outros elementos probatórios com referência à HELTON, os quais serão analisados no contexto dos outros denunciados, mas igualmente vinculando o acusado à associação para o tráfico com aqueles, bem como toda a malha probatória que será apontada em relação ao delito de integrar organização criminosa, já que essa facção tinha no tráfico de entorpecentes o mote para sua própria criação.

EDGAR VITOR DA ROSA

EDGAR também não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**. Tampouco aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

E, vênias ao entendimento do Ministério Público, penso que inexistem nos autos elementos

bastantes para se afirmar que o referido acusado estava associado com os demais para o tráfico de entorpecentes.

Embora a residência de EDGAR fosse um dos alvos das buscas e apreensões (Rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 965, casa – “*depósito de pallet do galpão 01*” – **fls. 308 dos autos apensos 900100-06**), observo das **fls. 11 dos autos apensos 2111-33** que pouca coisa de relevante foi apreendida na casa do mesmo (3 g de maconha e uma munição calibre .38) a ponto de vinculá-lo, por exemplo, ao depósito de entorpecentes.

E mesmo o celular apreendido com EDGAR (48 9638-9929), também periciado (laudo de **fls. 2769-2774** e CD anexo), não comprova à saciedade a integração daquele ao tráfico perpetrado pelos demais traficantes, ainda que seja evidente o envolvimento do mesmo com outros delitos.

De fato, a perícia no celular de EDGAR indica que possivelmente traficava em Tijucas, continuando assim o cometimento de crimes que já era observado em Balneário Camboriú desde adolescente (a propósito, vide decisão de **fls. 55-56 dos autos apensos 2111-33**), já que constam mensagens do mesmo com uma usuária que pede “pó” (cocaína) e onde ele afirma “*bem, na real eu só vendo*”.

Mas, uma análise atenta revela que os indícios apontam para o tráfico em outro ponto de venda de drogas da cidade, qual seja, o “Casarão” (localidade como é conhecida a Rua Alvina Simas Reis e seus becos).

Assim, em uma mensagem trocada em 23/09/2016 com indivíduo não identificado (48 9103-0908) que diz “*fui na sua casinha azul mas tu ã tava*”, EDGAR responde “*não to mais lá*”.

E a pessoa insiste: “*Fui la no 100 terra na casinha azul nos fundo ta verde. Tu mora lá ã é*” (100 terra – localidade de Sem Terra – como é conhecido o bairro Jardim Progresso).

EDGAR então manda um áudio dizendo “*eu mudei de lojinha, não to mais lá, quando precisar dá um salve*”. O termo “lojinha”, destaque, é como são chamados os pontos de venda de drogas (CD anexo do laudo de **fls. 2769-2774**).

Corroborando, observa-se da seguinte mensagem possível indicativo de que EDGAR exercia o comércio espúrio de entorpecentes na Rua Alvina Simas Reis (no Casarão), juntamente com outros dois agentes conhecidos dos meios policiais por perpetrarem aquele crime (“Ben 10” ou “B10”, que vem a ser Tainan Maurício Ramos Ancini - já preso temporariamente e investigado por homicídio, respectivamente, nos autos 0001632-06.2017.8.24.0072 e 0001796-68.2017.8.24.0072 - e precisamente “D2”, ou seja, Ednaldo da Cruz Tomaz - atualmente preso nos autos 0000061-63.2018.8.24.0072 – tentativa de homicídio com disparos contra a Delegacia de Polícia da Comarca; e 0002653-17.2017.8.24.0072 - tráfico de entorpecentes):

[26/09/2016 01:06:15] <me>: mudei de lojinha

[26/09/2016 01:06:30] <554896498224>: ae

[26/09/2016 01:06:47] <554896498224>: ta trampando onde loco

[26/09/2016 01:07:14] <me>: na do b10 d2

[26/09/2016 01:07:25] <554896498224>: hum

[26/09/2016 01:07:39] <554896498224>: bem melhor o reco neh.

E a expressão “reco”, como se sabe e como consta da conversa, é gíria usada para aquele que iniciou um trabalho, no caso, no tráfico de entorpecentes, ou seja, que o tráfico naquele local era “*bem melhor*”, mais lucrativo.

Aliás, na mesma conversa com aquele mesmo interlocutor (48 9649-8224) (agora no dia 29/09/2016), este propõe a EDGAR para traficarem em outro local (“*Qeria troca uma id com vc*” “*referente um adianto*” “*pra v se vc se incarna*”). EDGAR então pergunta: “*E roba?*”. O interlocutor esclarece: “*Não*” “*Reco*” “*Lá onde eu fazia*”.

E EDGAR então diz: “*Qero roba*” “*33 Não ta dando dinheiro*”. “33”, obviamente, refere-se ao tráfico, crime do artigo 33 da Lei de Tóxicos (CD anexo do laudo de **fls. 2769-2774**).

Verdade que consta um áudio encaminhado por uma mulher no dia 29/09/2016 para EDGAR assim: “*ei, mas o corre que eu to falando pra ti é igual o que tu fazia em Balneário, é na baia, não como no Casarão*” (CD anexo do laudo de **fls. 2769-2774**).

Aí um indicativo de que EDGAR foi convidado para trabalhar no tráfico dentro da própria residência, ou seja, na localidade de bairro Jardim Progresso. Isso, evidente, poderia demonstrar que EDGAR ficou responsável pelo depósito de entorpecentes na própria casa, explicando assim o fato de ter sido preso em local apontado pelas investigações como depósito de drogas.

Contudo, insisto, nenhuma droga relevante foi encontrada na casa de EDGAR no bairro Jardim Progresso para confirmar esse fato.

Aliás, naquela conversa com a mulher não identificada, esta pergunta para EDGAR: “*O neguinho pergunto c tu ã ke trampa la na boate nois ta tocando uma zona*” “*So no po*”, obviamente ofertando uma proposta para trabalhar na venda de cocaína. EDGAR então responde: “*Pior q,ja peguei em outra lojinha*” “*Senao, eu ia*”.

Assim, parece claro que EDGAR até então (setembro de 2016) havia declinado do convite para traficar no bairro Jardim Progresso, ainda que residisse no local, preferindo, aparentemente, comercializar o entorpecente na localidade de Casarão.

Enfim, mesmo que seja incontroverso que EDGAR efetivamente residisse na localidade de Jardim Progresso e ocupasse a residência alvo da busca, não encontro no acervo probatório prova suficiente que confirme que EDGAR estivesse associado aos demais acusados, inclusive traficando no local.

Penso que o simples fato de existir nos autos uma referência de que JEFERSON deixou seu celular com EDGAR (sem a certeza, evidente, que se trate do mesmo acusado – **fls. 52** do CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**) não é o bastante para se afirmar aquele que este último estivesse associado com os demais.

Havia, como se estima, “convites” para que EDGAR trabalhasse no tráfico de entorpecentes

com os demais denunciados destes autos, tendo em conta especialmente a expertise do mesmo pelo seu histórico de condenações em Balneário Camboriu. Porém, inexistente uma prova segura de que o mesmo tenha aceitado e estivesse associado ao tráfico na localidade do bairro Jardim Progresso.

Os indícios existentes (o fato de ocupar a residência alvo da busca e os indicativos nas mensagens que traficava em outro local), são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação do denunciado pela associação para o tráfico.

Segue-se a lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

“cabe ao acusador o ônus de provar os fatos constitutivos. No campo penal os fatos constitutivos dizem respeito à tipicidade e à autoria. Vale dizer, ao órgão acusador cabe provar a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu realizador, isto é, demonstrar a existência concreta do tipo e de sua realização pelo acusado [...]”.

Em resumo, como, através de elementos indiciáveis, não podemos chegar a uma conclusão segura, exigindo a decisão condenatória a certeza, o indubitável, não há possibilidade de uma decisão condenatória vir baseada unicamente em prova indiciária. Tal tipo de prova só nos leva ao possível ou provável e, portanto, em tal hipótese, a correta solução é a **absolvição** com fundamento no item VI do art. 386 do Código de Processo Penal. (**Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11).

DIVANI JOSÉ PEDROSO

DIVANI não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**. Igualmente não aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

Vênias ao posicionamento do Ministério Público, penso que não existem nos autos elementos bastantes para se afirmar que o DIVANI estava associado com os demais para o tráfico de entorpecentes, ao menos com a estabilidade e permanência exigidas pela lei.

Claro que a casa em que DIVANI foi preso era um dos alvos das buscas (rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 708 – chamado de “Galpão 1”). E lá foi encontrada quantidade não irrelevante de entorpecentes (295 g de maconha).

Mas, insisto, não é possível afirmar, extirpe de dúvidas, que o réu era o responsável por manter em depósito aquela droga em favor dos demais traficantes, ou seja, que a droga pertencia aos demais acusados.

A afirmação se lastreia pela inexistência de qualquer outra (prova) vinculando DIVANI aos demais, bem como no fato de que naquele terreno onde situada a casa do denunciado existir outras duas residências, as quais abandonadas e, por isso, possivelmente utilizada pelos traficantes. Isso está claro no depoimento do policial de **fl. 2001**.

Enfim, os indícios existentes (apreensão de 295g de maconha em uma das residências do imóvel apontado como alvo das buscas) são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação do denunciado pela associação para o tráfico.

Vejo no caso então, pelo flagrante, apenas a figura do art. 33 da Lei de Tóxicos (o que será analisado posteriormente), posto ausente demonstração segura de que o denunciado efetivamente estava associado com os demais traficantes.

MAYCON RAFAEL DE OLIVEIRA

MAYCON também não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**. Igualmente não aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

E, novamente vênias ao posicionamento do Ministério Público, penso que não existem nos autos elementos bastantes para se afirmar que o mesmo estava associado com os demais para o tráfico de entorpecentes, ao menos com a estabilidade e permanência exigidas pela lei.

Claro que no celular da esposa do acusado MARCIANO, apreendido e periciado (conforme laudo de **fls. 2763-2768**), consta uma conversa da mesma com terceira pessoa, segundo CD anexo àquele laudo, com possível referência ao acusado MAYCON:

[28/09/2016 22:30:06] <4898117919>: to na baia do Maycon

[28/09/2016 22:30:17] <4898117919>: ei qualquer coisa ai corre la pra baia

[28/09/2016 22:30:22] <4898117919>: tu e o cunhado

[28/09/2016 22:30:34] <me>: O Maycon saiu do corre nem falou nada pro mt neh

[28/09/2016 22:30:39] <4898117919>: é só bater a mãe ta esperando vcs qualquer hr

[28/09/2016 22:31:14] <4898117919>: É. Q n deu tempo dele avisar ele ta desde ontem fazendo exame pra pega na portobello segunda

[28/09/2016 22:32:20] <me>: E fods. A próxima vez n tem mais vaga. Ele ia começar na segunda a ganhar 1.500 ia trabalhar 3 hrs por dia fznd contenção pro mt dormi so.

Contudo, não é seguro afirmar, extreme de dúvidas, que seja o réu a pessoa referida naquela conversa.

De outro lado, não parece correta a versão do Ministério Público que MAYCON seja o indivíduo com conta no *Facebook* e “*nickname*” Rafael Shampoo, conforme levantamento daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fl. 2302**.

Aparentemente (ao menos pelas fotos de lá em comparação com a imagem do denunciado no interrogatório de **fls. 220-221**) são pessoas distintas. Aliás, aquela rede social continuou sendo atualizada com fotos mesmo depois da prisão de MAYCON, com outras fotos da pessoa.

Adito que mesmo que MAYCON tenha sido preso em flagrante no dia da Operação Ragnarock MAYCON, onde os policiais o flagraram com o rádio comunicador realizando a contenção na rua do Governo, oportunidade em que ele empreendeu fuga até ser preso também com duas balanças de precisão (termo de apreensão de **fls. 11 dos autos n.º 0002113-03.2016.8.24.0072**), tal fato não corrobora, por si, só a associação com a estabilidade e permanência exigidas pelo tipo do art. 35 da Lei de Tóxicos.

De fato, o miliciano foi claro em destacar que encontrou com o denunciado um rádio comunicador, ou seja, o mesmo instrumento utilizado pelos traficantes para se comunicar com os demais e monitorar a entrada de viaturas policiais no local - conforme reiterados depoimentos dos milicianos – **fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042** e áudios de **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**.

No ponto, registro que a apreensão das balanças e do rádio comunicador está devidamente demonstrada pelos depoimentos dos policiais na fase extrajudicial **fls. 5 e 6 dos autos apensos n.º 0002113-03.2016.8.24.0072**, devidamente corroborada em juízo (**fls. 2025**).

Enfim, os indícios existentes (a referência no celular de um dos envolvidos ao nome do réu e a prisão em flagrante com rádio comunicador) são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação do denunciado pela associação para o tráfico.

Segue-se a lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

“cabe ao acusador o ônus de provar os fatos constitutivos. No campo penal os fatos constitutivos dizem respeito à tipicidade e à autoria. Vale dizer, ao órgão acusador cabe provar a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu realizador, isto é, demonstrar a existência concreta do tipo e de sua realização pelo acusado [...]”.

Em resumo, como, através de elementos indiciáveis, não podemos chegar a uma conclusão segura, exigindo a decisão condenatória a certeza, o indubitado, não há possibilidade de uma decisão condenatória vir baseada unicamente em prova indiciária. Tal tipo de prova só nos leva ao possível ou provável e, portanto, em tal hipótese, a correta solução é a **absolvição** com fundamento no item VI do art. 386 do Código de Processo Penal. (**Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11).

Vejo no caso então, **pelo flagrante**, a figura do art. 37 da Lei de Tóxicos, posto ausente demonstração segura de que o denunciado estava efetivamente associado permanentemente com os demais traficantes.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Aqui, vale a lição de Renato Brasileiro de Lima:

“O crime do art. 37 da Lei de Drogas funciona como verdadeiro tipo penal subsidiário (soldado de reserva) em relação à associação para fins de tráfico (art. 35). Em outras palavras, para que o agente responda pelo crime do art. 37 da Lei de Drogas, sua colaboração deve ser obrigatoriamente eventual. Ou seja, apesar de não estar associado de maneira estável e permanente a determinado grupo, organização ou associação, o agente colabora eventualmente com tais indivíduos, geralmente com o objetivo de receber determinada remuneração pelos serviços por ele ocasionalmente prestados.

[...]

O tipo penal do art. 37 reveste-se de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave” (**Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Juspodivm.. Salvador, 2015.p. 778**).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também admite a *emendatio libelli*:

“O citado dispositivo exibe natureza genérica e subsidiária frente aos demais crimes previstos no diploma de regência, em cujo preceito incriminador, numa verdadeira quebra setorizada da Teoria Monista, poderia se caracterizar como uma espécie de participação de menor importância, diante de estabelecida associação ou

organização criminosa, sempre feita de maneira episódica e eventual”. (STJ, REsp n. 1.632.001, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.10.2016).

É caso, portanto, de realizar a desclassificação do crime do art. 35 para o delito do art. 37 da Lei de Tóxicos, condenando-se o denunciado por este último delito frente ao acervo probatório produzido, diga-se, o flagrante realizado no dia da Operação.

JOILSON RANGEL DE LIMA JÚNIOR

Segundo o Relatório de **fl. 43 e 247**, JOILSON vendia entorpecentes no turno da madrugada, juntamente com THIAGO, quando a contenção então ficava a cargo de ERLANDO e THIEGO.

Não foi possível, contudo, captar imagens do mesmo durante o período noturno, o que restou esclarecido nos depoimentos dos policiais que, no entanto, teriam realizado diligências no local para descortinar a participação de JOILSON.

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que da 1 da manhã até as 7 da manhã eles ficavam na primeira rua; que nesse horário visualizou eles em 4 pontos; (...) que conseguiu identificar a pessoa de Pixa – Adriano Moreno da Rosa – e o Richard que ficava na função de comunicador e outro denominado de “Marquinhos” e mais outros que não foi possível identificar; que nesse horário, da 1 às 7, eles ficavam em dois pontos” (**fl. 2021**)

E, vênias ao entendimento do Ministério Público, igualmente considero que não existem nos autos elementos bastantes para se afirmar que o JOILSON estava associado com os demais para o tráfico de entorpecentes.

Embora no *Facebook* JOILSON (com nome JÚNIOR RANGEL) mantenha amizade com inúmeros dos denunciados (ADRIANO ROSA, JEFERSON, THIEGO, RICHARD, IZAQUE, DANIEL, PAULO ROBERTO, ARTUR e ZELI), conforme levantamento das daquela rede social realizado pelo Ministério Público às **fls. 2289**, não vejo nos autos qualquer outra prova que demonstre que o mesmo estava integrado ao tráfico perpetrado pelos demais traficantes.

De toda a prova produzida, observo que consta apenas a existência do e-mail de JOILSON entre os contatos do celular apreendido na residência de ADRIANO ROSA (**fls. 2410 do laudo pericial de fls. 2401-2420**).

Enfim, os indícios existentes (a referência feita à participação no tráfico em determinado horário, sem qualquer imagem do mesmo, e ter o contato de e-mail no celular de outro envolvido e já falecido), são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação do denunciado pela associação para o tráfico.

ARTUR CARLOS PIANEZZER

ARTUR inicialmente não foi referido no levantamento realizado no Relatório de **fl. 43 e 247**.

Porém, antes da operação, em Relatório complementar de **fls. 237-240 dos autos apensos 900100-06**, ARTUR foi apontado como associado aos traficantes, exercendo a função de “contenção” dos locais de venda de drogas, em horário não especificado. Assim, foi expedido mandado de prisão temporária também contra o mesmo.

Segundo aquele relatório complementar, ARTUR ostentaria armas de fogo em fotos. O réu, contudo, apesar de confirmar que segurava a arma de **fl. 238 dos autos apensos 900100-06**, afirmou que se tratava de uma arma de “chumbinho”. Negou, de outro lado, que as fotos de **fls. 239 dos autos apensos 900100-06** fossem suas.

Vênias ao entendimento do Ministério Público, realmente não é possível, com base no acervo probatório, afirmar extreme de dúvidas que ARTUR era o indivíduo que aparece com as armas de **fl. 285**, ainda que, de outro lado, não tenha demonstrado que a arma de **fl. 238** não fosse uma pistola real.

No **CD anexo ao laudo pericial de fls. 2421-2451**, ou seja, do celular de JACIEL encontrado na casa de ELISEU, tanto é possível encontrar fotografias daquela arma com carregador “caracol” (**fls. 285**), como da pistola (**fls. 285**). E precisamente em relação à esta última, também é possível perceber que o indivíduo que segura a mesma usa um relógio dourado muito semelhante àquele que segura a arma com carregador “caracol”.

Claro que na foto de **fl. 283**, ARTUR igualmente aparece com um relógio semelhante. Porém, as mesmas tatuagens de ARTUR não são vistas no braço daquele que segura a arma com carregador caracol ou pistola.

Pondero ainda que nenhuma arma de fogo foi encontrada na residência do acusado por ocasião do cumprimento do mandado de busca.

Verdade, ademais, que as perícias nos celulares apreendidos relevaram que ARTUR, que usava o número 48 9106-0796 (que também consta de documento juntado pela defesa – **fl. 2607**), conversa com vários dos denunciados, em claro indicativo, aliás, que realizava o tráfico de entorpecentes.

Contudo, parece claro pelas conversas que ARTUR apenas se servia dos préstimos dos demais traficantes (como JEFERSON) como fornecedores, ou seja, comprava drogas daqueles (especialmente *ecstasy* – ou “rodas” – com diversas gírias, como Luisviton, Red Bull, etc) para revendê-las em festas. Isso, aliás, ficou evidenciado com outros traficantes quando se tratou do réu JEFERSON e seus contatos. Além disso, também parece claro que ARTUR também buscava naqueles traficantes a compra de armas.

Nesse sentido, a conversa de ARTUR com JEFERSON às **fls. 106-107 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489** encontrada no celular do último quando pede *ecstasy*:

[26/09/2016 15:43:38] <554891060796@s.whatsapp.net>: **Ta tendo ainda a luisviton** ? (# ?)

[26/09/2016 15:43:50] <jef>: Sim (# ?)

[26/09/2016 15:44:11] <554891060796@s.whatsapp.net>: **Amanhã pega mais 50** (# ?)

[26/09/2016 15:44:25] <554891060796@s.whatsapp.net>: **No 8.50 ainda neh noma** (# ?)

[26/09/2016 15:44:45] <jef>: Ss (# ?)

[26/09/2016 15:45:21] <554891060796@s.whatsapp.net>: Nvx amanhã na hr de pega te do um salve aki (# ?)

[26/09/2016 15:45:29] <jef>: Fmz (# ?)

[26/09/2016 15:45:38] <jef>: ?(# ?)

[26/09/2016 15:47:38] <554891060796@s.whatsapp.net>: **Vo ter 450 dae manda até fecha o 450 da mais 3 dae da 450.50** (# ?)

[26/09/2016 15:47:52] <554891060796@s.whatsapp.net>: Dmr noma ? (# ?)

[26/09/2016 15:49:40] <jef>: Clr (# ?)

[26/09/2016 15:49:56] <jef>: Fexo (# ?)

Igualmente a conversa de ARTUR com PATRICK às **fls. 133 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489** encontrada no celular deste, onde revela que em agosto de 2016 já não estava mais traficando no Casarão, apenas vendendo drogas (“fazendo corre”) em festas (“baladinha”):

[23/08/2016 15:37:39] <554891060796@s.whatsapp.net>: Tava lá com os mano

[23/08/2016 15:37:43] <554891060796@s.whatsapp.net>: Sair de lá agr to de boa

[23/08/2016 15:37:46] <554891060796@s.whatsapp.net>: **Parei com td**

[23/08/2016 15:37:02] <554891060796@s.whatsapp.net>: **Ali no casarão muito b.o**

[23/08/2016 15:38:12] <554891060796@s.whatsapp.net>: **So fazendo corre na baladinha e já era**

E isso fica absolutamente claro quando se vê, às **fls. 2392 e 2502**, mensagens de ARTUR em um grupo de WhatsApp com inúmeros contatos, oferecendo drogas indistintamente:

[20/09/2016 15:41:15] <554891060796@s.whatsapp.net>: Tá tendo **papel** do top

[20/09/2016 15:47:23] <554891060796@s.whatsapp.net>: Tá tendo **papel e balinha qualquer coisa chama no pv**

Mesmo os pedidos de ARTUR para PATRICK, seja para comprar uma arma para o pai do primeiro (**fls. 2504**), seja aceitando o convite do segundo para realizarem dois atentados a tiros contra a residência de Anderson (**fls. 2506**), não demonstram claramente que ARTUR estivesse associado com os demais traficantes.

Fica claro, aliás, quanto a esse último, que o próprio PATRICK não logrou obter o apoio dos demais traficantes para realizar o ataque com armas daqueles (traficantes). Pediu por isso o apoio de ARTUR, certamente por esse demonstrar (através das fotografias) que teria armas para ajudar o primeiro.

Enfim, os indícios existentes (as conversas descortinadas nos celulares de JEFERSON e PATRICK e as fotos juntadas na fase investigativa), são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação do denunciado pela associação para o tráfico, ainda que seja evidente o envolvimento de ARTUR com o comércio espúrio, mas praticado por conta própria.

Em conclusão, estimo que não existe mínima dúvida nos autos de que ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI e HELTON estavam associados para praticar o tráfico de entorpecentes na localidade conhecida como Jardim Progresso ou “bairro Sem Terra”, segundo todas as provas já

apontadas, além daquelas a que se fará referência na análise dos crimes de tráfico de entorpecentes e organização criminosa a seguir.

De outro lado, por não vislumbrar a estabilidade e permanência próprias do tipo penal do art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06, penso que o denunciado MAYCON deve arrostar a reprimenda do crime subsidiário previsto no art. 37 da mesma lei, ou seja, uma colaboração apenas eventual flagrada no dia da operação com a prisão acusado.

Por fim, e segundo já exposto, não vejo provas suficientes nos autos para se afirmar a associação dos réus EDGAR, DIVANI, JOILSON e ARTUR com os demais traficantes já referidos, mesmo de maneira eventual, de sorte que a absolvição daqueles, na forma do 386, inc. VII do CPP, é medida que se impõe.

Quanto às causas de aumento referidas na denúncia, ou seja, que o crime de associação para tráfico envolvia tanto o emprego de arma de fogo como adolescentes, a prova dos autos, pode-se afirmar, é absolutamente clara em demonstrar tais circunstâncias de especial incremento da pena.

Primeiro, as inúmeras fotografias de armas de fogo e munições (de diversos tipos e calibres) que aparecem ostentadas por alguns dos denunciados (exemplificando-se com LAUREANO - conforme laudo pericial de **fls. 2524** e THIAGO - CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400**, além de ZELI, MARCIANO, ELISEU e JACIEL como já exposto) e que constam dos CD anexos aos laudos periciais dos celulares apreendidos e periciados.

Da mesma forma aquele armamento apreendido no dia da operação (ou mesmo antes, como no caso de HELTON – autos 0001658-38.2016.8.24.0072), é demonstração clara que os traficantes organizados promoviam a intimidação coletiva pelo uso ostensivo de armas de fogo, inclusive em via pública e durante os turnos de venda de drogas.

No ponto, aliás, os inúmeros depoimentos dos policiais colhidos durante a instrução processual já demonstram que o emprego de armas de fogo pelos traficantes associados no bairro, inclusive com a própria designação de indivíduos para aquela função (chamados de “contenção”), eram a tônica da intimidação coletiva empregada para a manutenção da venda de drogas na localidade.

Assim, o policial Eduardo referiu que *“eles andavam com arma longa pra fazer a abordagem em veículo suspeito; Que diante dessas informações, sua equipe fez uma incursão no Sem Terra onde foi visualizado alguns dos masculinos fazendo comércio e certa movimentação de veículo, visualizando, também nesta oportunidade, um masculino portando uma arma longa calibre .12”*. (**fl. 1999**).

No mesmo sentido, o policial Jociel relatou que *“eles tinham pontos de olheiros; que eles tinham rádio comunicador; que eles faziam essa venda em via pública; que além de tudo isso, usando armas de fogo em via, ostensivamente, inclusive com arma longa; que isso chamou a atenção, pois tal fato não é corriqueiro no Estado; que diante dessa informação, no meio de maio, foi com uma guarnição até Tijucas e fizeram uma incursão no loteamento Jardim Progresso Sem Terra; que durante a incursão conseguiu visualizar alguns masculinos que estavam ali reunidos; que via um fluxo de carros e de pessoas; que também viu um masculino armado com uma arma calibre.12”* (**fl. 2021**).

E o policial Elves destacou que *“chegando lá visualizou o comércio livre de entorpecentes no meio da rua; Que inclusive um dos masculinos estava com uma calibre .12 ostensivamente andando na rua”*. (fl. 2024).

Pertinente ainda reiterar a referência já feita aos inúmeros diálogos flagrados entre os traficantes nos grupos de WhatsApp, onde a menção ao emprego de armas era rotineira, especialmente quando tratavam da “contenção” nos locais de venda de drogas.

Assim, basta referência à conversa entre os traficantes sobre uma troca de tiros no período da tarde entre os mesmo e os policiais, conforme mensagens de MARCIANO, JACIEL SENCA, ERLANDO, JEFERSON e ADRIANO MARIANO (CD anexo ao laudo pericial de fls. 2490-2515 – fls. 1086-1087).

Às fl. 2469 quando JEFERSON avisa a todos que acabou a venda de maconha (*“tão, cabo fumo”*), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (*“Lobo”*).

Quando PATRICK (48 9667-9436) fala com ARTUR (48 9106-0796), solicitando ajuda para realizarem dois ataques com tiros e gasolina, já que *“eles não querem apoia a Glock pra mim”*, se referindo a autorização dos demais traficantes para usar as armas da organização (fl. 2506).

Na conversa encontrada no celular de THIAGO (48 9864-6581), conforme CD anexo ao laudo de fls. 2381-2400, onde depois de JEFERSON (48 9682-4877) postar uma foto de uma arma calibre 12 e uma pistola, ARTUR comentar *“putz Glock 12 e uma 9mm”*, ao que JEFERSON responde: *“é o poder”*.

Nas fls. 440 do CD anexo do laudo de fls. 2516-2533 do celular de PATRICK, quando ZELI encaminha para outro grupo no dia 01/09/2016 pelo menos 3 fotos portando uma pistola e escreve: *“9m” “vem q vem”*.

E outros exemplos do uso de armas pelos traficantes ainda podem ser citados: a prisão de ERLANDO nos autos 0000520-02.2017.8.24.0072, mesmo depois da operação, quando trocou tiros com policiais e assim foi denunciado pela tentativa de homicídio, tráfico e corrupção de menores.

E talvez o mais eloquente: as imagens de fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06, onde é possível ver o denunciado JACIEL no vídeo do dia 14/07/2016 trazendo consigo uma grande quantidade de entorpecentes que foi entregue ao réu JEFERSON para distribuição nos pontos de venda de drogas da localidade de Jardim Progresso.

Naquela ocasião é possível ver JACIEL negociar munições que trazia consigo com a pessoa que filma. O denunciado diz que *“bala de fuzil é cara né, cada tiro tem que ser pensado (...) que ainda tem bastante bala de fuzil... (ter tem”, mas não tá aí né, tem 100 bala com ele (...) de 12 nós tem bastante (...) 50 bala vai dar 500 pila (...) vai lá então e traz a caixa pra nós, pra nós começar “pá” (...) que na real de 9 nós “temo” um monte (...) se tiver de 45 traz aí que nós compra”*.

Ademais, quando se tratar do crime de organização criminosa, é possível a referência às várias mensagens de JACIEL negociando a compra de fuzis para os traficantes. Compra, aliás, que também foi objeto de conversa com MARCIANO e JEFERSON, como se verá.

Assim, inexistente mínima dúvida de que os traficantes associados claramente empregavam armas de fogo como forma de intimidação coletiva para permitir a venda das drogas, seja para se proteger de outros traficantes, seja para inibir a ação dos policiais e até confrontá-los.

E de igual forma, é patente que os traficantes associados envolveram adolescentes na prática do tráfico, os quais inclusive foram identificados no Relatório de **fl. 43 e 247**, assim como foram flagrados nos vídeos **fls. 2178** e fotografias.

Não surpreende, por isso, que os adolescentes “M. R. S.”, “S. F. da S. de O” e “P. H. de O. M”. respondam junto a 1ª Vara Cível desta Comarca a diversos atos infracionais pela prática do análogo crime de tráfico de entorpecentes (autos 0843-75.2015, 2592-59.2017 e 0159-20.2017).

Assim, devem ser aplicadas as causas de aumento previstas no artigo 40, incs. IV e VI da Lei 11.343/06 para o acusados que arrostarem as reprimendas dos artigos 35 (ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI e HELTON) e 37 (MAYCON) da mesma Lei.

Crimes de tráfico de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei 11.343/06)

Quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, vênias ao posicionamento do Ministério Público, inicialmente não vejo possível reconhecer a prática do delito por doze vezes, ou seja, com base nas apreensões de entorpecentes realizadas antes e no próprio dia da operação Ragnarok.

É absolutamente claro nos autos, e reiteradamente referido nos depoimentos dos policiais, que desde que iniciados os primeiros levantamentos no local constatou-se de maneira inequívoca o comércio de entorpecentes no lugar por um grupo de criminosos que estavam associados e organizados.

Adito, aliás, que tal situação já era pública na Comarca, conforme já exposto na decisão de **fls. 249-280 dos autos apensos 900100-06 (item “3”)** que autorizou as buscas e apreensões e decretou a prisão temporária dos réus.

De fato, há muito drogas eram oferecidas e vendidas diariamente nas duas principais ruas da localidade de Jardim Progresso e, claro, escondidas, depositadas, armazenadas para venda em diversas residências (algumas delas abandonadas ou de onde os moradores foram expulsos pelos traficantes), tal como se dá com o próprio delito, reconhecidamente permanente.

À exceção daquela encontrada na residência de DIVANI (como já sustentado), é absolutamente evidente que as drogas apreendidas antes da operação Ragnarok, mais precisamente no flagrante de ERLANDO (conforme Termos Circunstanciados apensos 0001495-58.2016.8.24.0072 (dia 23/06/2016 com 13 comprimidos de *ecstasy* e R\$ 2.909,00 reais) e 0001598-65.2016.8.24.0072 (dia 26/07/2016 com 1,1 g de *ecstasy*), pertenciam aos traficantes associados ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI e HELTON.

Nas duas apreensões, pela quantidade e tudo o que já se expôs em relação à rotina dos traficantes

quando se tratou da associação, resta claro que as drogas eram destinadas às vendas realizadas nas ruas da localidade de Jardim Progresso.

Da mesma forma, é absolutamente claro pelo acervo probatório amealhado que todos aqueles entorpecentes encontrados no dia da abordagem pertenciam aos mesmos traficantes, incluindo agora o réu MAYCON, flagrado também no tráfico no dia da operação.

E ainda que se tenha transcorrido destacado período entre a apreensão daqueles entorpecentes com ERLANDO (junho e julho de 2016) e as apreensões realizadas no dia da operação Ragnarok (outubro de 2016), não vejo viável reconhecer o concurso daqueles crimes de tráfico pois, insisto, a prova dos autos revela que o comércio espúrio era literalmente permanente, era diário naquele local. Isso, aliás, consta da denúncia.

Enfim, penso que é caso de reconhecer o delito único para todos os traficantes associados, não o concurso de crimes pela quantidade sugerida pelo *Parquet*.

Segue-se a lição de Luis Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha:

Os vários núcleos verbais fazem do tráfico um crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado). Assim, mesmo que o agente pratique, *no mesmo contexto fático e sucessivamente* mais de uma ação típica (p. Ex., depois de *importar e preparar* certa quantidade de droga, o agente *traz consigo* porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP). Todavia, faltando proximidade comportamental entre as várias condutas haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado). (GOMES, Luis Flávio e CUNHA, Rogério Sanches (orgs). **Legislação criminal especial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 252

E a materialidade do tráfico encontra-se demonstrada primeiramente por intermédio dos Termos de Exibição e Apreensão (**fls. 02-03 dos autos 1495-58 apensos, fls. 01-03 dos autos 1598-65 apensos, fls. 12 dos autos 2112-18 apensos, fls. 11 dos autos 2113-03 apensos, fls. 07 dos autos 2115-70 apensos, fls. 405, 413, 149, 497 e 506 dos autos 900100-06 apensos**), pelos respectivos Laudos de Constatação Provisória e pelos Laudos Periciais Definitivos, estes últimos confirmando que as substâncias entorpecentes apreendidas tratam-se de cocaína em sua forma básica (*crack*), maconha, *crack*, cocaína, *ecstasy* e LSD, drogas estas capazes de causar dependência física e/ou psíquica, tendo a sua venda proibida em todo o Território Nacional.

Além disso, o comércio espúrio resta cabalmente demonstrado pelas conversas extraídas dos celulares apreendidos, pela apreensão das balanças de precisão, dos rádios comunicadores utilizados pelos traficantes, pelo depoimentos dos policiais militares, bem como pelos vídeos de **fls. 458 dos autos 900100-06**.

Existe, enfim, prova suficiente nos autos que o comércio de vários tipos de drogas era realizado naquela localidade e, inclusive, através de encomendas e acertos realizados pelos traficantes através dos celulares.

Quanto à autoria, estimo que não existem dúvidas de que **ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO,**

VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI e HELTON e MAYCON realizavam o tráfico de entorpecentes nas ruas da localidade de Jardim Progresso.

Primeiramente, consta dos autos, como já referido, várias mensagens de **ELISEU** comandando o tráfico de entorpecentes no local.

Assim, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2490-2515**, ou seja, do celular de PATRICK, ELISEU (48 9631-6142) manda uma mensagem para ADRIANO MARIANO (“*suave mariano eu pedi para os guri desce um pouco a bocó para baicho tão la no ponto de ônibus. Só até aterde*”), se referindo deslocamento do ponto de vendas de drogas.

No mesmo sentido, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, ELISEU organiza o tráfico ao tratar com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9820-8661), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9138-6805 – número que usava até o final de setembro de 2016).

Lá, MARCIANO questiona se no “*Galpão 1 tem rádio ?*” e PATRICK diz “*bom dia rapaziada*”. JACIEL então pergunta: “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tem varios mano na fol ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lab*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fk nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**).

Já em uma das conversas extraídas do aparelho celular de JEFERSON (laudo pericial e CD anexo – **fls. 2452-2489** - os arquivos são nomeados como PTT 20161003-WA0015 e PTT 20161003-WA0017), também consta o número do celular de ELISEU em um grupo de WhatsApp. Lá, ELISEU encaminha dois áudios no dia 03/10/2016, às 10 horas da manhã, para seus comparsas traficantes com as seguintes mensagens:

“Bom começo de dia aí meus irmão.

Bá rapaziada eu vô passa uma ideia aí pros irmão aí ó, principalmente pra quem tá na **contenção** tá ligado.

Se chega a passar algum carro aqui pra trás e o contenção não vê ou alguma falha de segurança por causa desses WhatsApp aí ou Facebook vai custar muito caro pra quem tá na contenção e tá direto online.

Eu não tô falando aqui, jogando conversa fora, quem quisé abraçá a ideia abraça.

Mas quem tivé na contenção e chegá a acontecê uma falha, por causa que tava online, eu não quero saber se é responsa ou o que qui é, se tiver uma falha de algum contenção pode custar muito caro.

Então quem tivé na contenção é bom ficá esperto e pará de ficá nesses celulé aí”.

“E aqui ninguém tá vindo trazê ideia pra mim, ninguém tá vindo falá coisa que tão ou não tão.

Eu tô passando toda hora e tô vendo os cara online.

Eu puxo aqui pra vê quem tá online e quem não tá.

Quem tá trabalhando e tá online ou não.

Aqui não tem nenhum bobo.

Vocês não tão falando, não tão lidando com nenhum bobo, entendeu rapaziada?

Tão...ninguém tá vindo aqui me falá nada.

Sou eu mesmo que tô indo pra baixo e pra cima e tô vendo os contenção online.

O Marquinho agora eu já peguei o celular dele, porque eu cheguei aqui em cima dele e **ele nem viu eu chegando em cima dele.**

Então já peguei o celular dele e **se eu passar aí pelas contenção e tiver mano online aí eu vô chegá no Nene e no Neguinho aí e nós vamo vê essas ideia aí.**

Se nós vamo liberar celular na hora do serviço ou não, que pra mim tem que tá 100%.

Se não tiver 100% nós vai arrumar quem queira ficar 100%.”

Conforme áudio extraído do grupos de WhatsApp que constam do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, é possível encontra um encaminhado por ELISEU (48 9631-6142), possivelmente em fuga no dia da operação, avisando sobre policiais com caminhão e de roupa camuflada no bairro Areias.

Também é necessário fazer referência às provas encontradas na residência de ELISEU, em especial no sistema de câmeras instalado (laudo pericial de **fls. 2951-2957**).

Lá, pelas imagens extraídas, ELISEU é visto em vários momentos, não apenas fazendo uso de um rádio comunicador (o qual utilizado pelos traficantes para se comunicar com os demais e monitorar a entrada de viaturas policiais no local - conforme reiterados depoimentos dos milicianos – **fls. fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042** e áudios de **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), mas também com possíveis armas e dinheiro. As imagens constam do CD anexo ao laudo pericial e foi “printadas” pelo Ministério Público nas alegações finais de **fls. 3397-3400**.

Assim, nas imagens dos dias 1, 2 e 3 de outubro, portanto, pouco antes da operação, ELISEU é visto em vários horários fazendo uso do rádio comunicador (**fls. 3397**). Em outras ocasiões, parece manusear uma arma de fogo (**fls. 3398 e 3399**). Por fim, junto a cama, parece contar dinheiro (**fls. 3400**).

Ademais, do mesmo equipamento a perícia logrou encontrar imagens do denunciado VANDERLEI, em frente e dentro da residência de ELISEU, fazendo uso de um rádio comunicador (**fls. 3400-3401**), insisto, aparelho utilizado pelos traficantes do local para se comunicarem com agilidade (isso, reafirmo, está reiteradamente referido nos depoimentos dos policiais e constam dos autos áudios captados pelos milicianos).

Também as provas revelam a autoria do delito por **JACIEL**, especialmente as imagens de **fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde é possível ver o denunciado no vídeo do dia 14/07/2016 trazendo consigo uma grande quantidade de entorpecentes que foi entregue ao réu JEFERSON para distribuição nos pontos de venda de drogas da localidade de Jardim Progresso.

As imagens já constavam, inclusive das **fls. 62-63** do relatório da Polícia Militar, bem como nos

autos apensos 900100-06 conforme **fls. 136-137**. JACIEL, aliás, se reconheceu na imagem em seu interrogatório (**fl. 4078**).

As perícias nos celulares revelam, conforme CD anexo ao laudo de **fls. 2421-2447**, conversas de JACIEL com terceiros acerca do tráfico de entorpecentes.

Assim, quando conversa com sua esposa (48 9106-5400), identificada a partir das conversas encontradas no CD anexo (e a própria foto com JACIEL):

[29/09/2016 08:26:03] <Branca>: Tas vindo

[29/09/2016 08:26:07] <este aparelho>: Não neh

[29/09/2016 08:26:08] <Branca>: To sem cigarro

[29/09/2016 08:26:19] <este aparelho>: Mas já vo so ajudando boma

[29/09/2016 08:26:28] <este aparelho>: Boka

[29/09/2016 08:26:33] <este aparelho>: Aqui já vo

[29/09/2016 14:59:25] <Branca>: Já chego em tijucas ?

[29/09/2016 14:59:31] <este aparelho>: Já amor

[29/09/2016 14:59:42] <Branca>: Como tá a sua mãe ?

[29/09/2016 15:00:41] <este aparelho>: (#Sem Texto)

Anexo: b2fbfa1abf6b98f56d9b0d87c5b7f49c.opus (#Não Encontrado)

[29/09/2016 15:01:18] <Branca>: Tadinha

[29/09/2016 15:01:20] <Branca>: Vida

[29/09/2016 15:01:22] <Branca>: Tá bom

[29/09/2016 15:01:28] <Branca>: Depois que horas ?

[29/09/2016 15:01:46] <este aparelho>: A hora a resolve umas situação do Corre aqui

[29/09/2016 15:01:57] <Branca>: Hum

[30/09/2016 13:25:50] <Branca>: **Acho que você poderia fazer isso pra nós sair do aluguel é a casa ia fica boa com espaço suficiente !! Não ia demorar pra fica pronta e poderíamos investir em algo pra você poder para com o crime**

[30/09/2016 13:26:05] <Branca>: Não quero uma mega casa se nos não formos felizes de nada adianta

[30/09/2016 13:26:30] <Branca>: Uma casa assim bem imobiliada já tá ótimo pra nós pra quem não tem nada já é muito

[30/09/2016 13:26:45] <Branca>: **E depois poderias subir se quisesse mais ao menos já estaríamos seguros**

[30/09/2016 13:26:47] <este aparelho>: Amor vo termina ela amor

[30/09/2016 13:26:57] <este aparelho>: **Agora do fexa em cima**

[30/09/2016 13:27:09] <este aparelho>: **Depois q fexa e devido**

[30/09/2016 13:27:13] <este aparelho>: (#Sem Texto)

Anexo: 20ad1a754e8838838805bd5f82dceb67.opus (#Não Encontrado)

[30/09/2016 13:27:18] <Branca>: **Me preocupo e com as criança tu não pensa nisso**

[30/09/2016 13:27:30] <Branca>: **A gente não sabe o dia do amanhã**

Consta ainda outra conversa, agora com o réu ELISEU, onde são tratadas questões sobre a entrega de drogas e contabilidade do tráfico:

[04/10/2016 14:57:02] <Lizel>: Tao

[04/10/2016 14:59:26] <este aparelho>: **Feio ele levo meio kg da 800**

[04/10/2016 14:59:30] <este aparelho>: Real

[04/10/2016 14:59:55] <este aparelho>: **Único a ele deixo foi q vc me lanço aquele dia**

[04/10/2016 14:59:59] <este aparelho>: Acho q 309

[04/10/2016 15:00:04] <este aparelho>: **300reais**

[04/10/2016 15:00:14] <este aparelho>: **Falta 500pra fexa**

04/10/2016 15:05:19] <Lizel>: Incoming Call

[04/10/2016 15:05:44] <este aparelho>: Taum

Também conversas de JACIEL com o réu JEFERSON (que utiliza o ramal 48 9682-4877, conforme aparelho apreendido com este – CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**), onde o primeiro pede informações sobre o ponto de venda de drogas. JEFERSON então repassa as vendas realizadas e JACIEL refere sobre traficantes que reclamam da “escala”, ou seja, dos horários de trabalho dos demais traficantes:

[28/09/2016 19:57:28] <este aparelho>: Taum

[28/09/2016 19:57:32] <este aparelho>: Noma

[28/09/2016 19:57:53] <este aparelho>: **Como ta fvl**

[28/09/2016 19:58:34] <Jeff>: Tão

[28/09/2016 19:58:44] <Jeff>: **Tudo 2**

[28/09/2016 19:59:12] <Jeff>: **Pararão de encomoda**

[28/09/2016 19:59:30] <este aparelho>: Podia atee q emfim

[28/09/2016 19:59:39] <este aparelho>: Ata q enfim

[28/09/2016 19:59:49] <este aparelho>: Novas

[28/09/2016 19:59:56] <Jeff>: Samuca pago

[28/09/2016 19:59:56] <este aparelho>: **Das contencão**

[28/09/2016 20:00:01] <este aparelho>: Frmz

[28/09/2016 20:00:10] <este aparelho>: **Deixa ai guardado**

[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta

[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
 [28/09/2016 20:00:42] <este aparelho>: Já ta tirando nosso
 [28/09/2016 20:00:49] <Jeff>: **Coloquei 50 ontem**
 [28/09/2016 20:01:02] <este aparelho>: Tomara q sala logo
 [28/09/2016 20:01:25] <Jeff>: **Essa semana é final de mês ainda**
 [28/09/2016 20:01:43] <este aparelho>: Aham
 [28/09/2016 20:01:56] <este aparelho>: **Corre gosto desse feio**
 [28/09/2016 20:02:32] <Jeff>: **Uns reclama outros dia que é boa**
 [28/09/2016 20:02:53] <este aparelho>: **Quem pega escala sempre vai reclama**
 [28/09/2016 20:04:33] <Jeff>: Aham [...]
 [29/09/2016 13:50:16] <este aparelho>: Tão
 [29/09/2016 13:50:30] <Jeff>: **Lancei mais 500 pro gudan**
 [29/09/2016 13:50:50] <este aparelho>: Pdc
 [29/09/2016 13:51:33] <Jeff>: **Com aquele 600 foi lançado 3100**
 [29/09/2016 13:52:28] <Jeff>: isso ?
 [29/09/2016 13:52:40] <este aparelho>: Clr
 [29/09/2016 13:52:45] <este aparelho>: Isso mesmo
 [29/09/2016 13:53:17] <este aparelho>: **Vc La so 600 no começo 2000 e agora 500**
 [29/09/2016 13:53:30] <Jeff>: É

Também constam conversas de JACIEL com o réu ERLANDO (conhecido pela alcunha de Catraca – 48 9191-0125), onde o primeiro igualmente pede informações sobre o ponto de venda de drogas. ERLANDO então avisa que a polícia esteve no ponto que vende pedra (*crack*) de madrugada (CD anexo ao laudo de **fls. 2421-2447**).

[29/09/2016 08:23:40] <este aparelho>: Bom dia
 [29/09/2016 08:38:31] <Catra>: Bom dia pa noix
 [29/09/2016 08:39:01] <este aparelho>: **Como ta fvl**
 [29/09/2016 08:39:20] <Catra>: **Td2 noma**
 [29/09/2016 08:39:33] <Catra>: **Só tivero ontem na madrugada aq**
 [29/09/2016 08:39:47] <este aparelho>: Novas mas além tamos ai
 [29/09/2016 08:39:54] <Catra>: **3 vt mais só foro na boca da pedra**
 [29/09/2016 08:39:57] <este aparelho>: Tem q fica ligado
 [29/09/2016 08:40:13] <este aparelho>: Eles tão loko pra Mata um
 [29/09/2016 08:40:16] <este aparelho>: Na covardia

E como já referido, existe indicativo claro que JACIEL, até antes o final de setembro de 2016, fazia uso de outro número de celular, qual seja o 48 9138-6805, uma vez que nos grupos de WhatsApp consta o mesmo como contato de “Patrão” (conforme perícia no celular de LAUREANO – **fls. 2516-2533 e CD anexo**), o qual posteriormente silencia e é substituído pelo número 48 9166-0864, continuando com as ordens no grupo juntamente com ELISEU.

Assim, no dia 19/09/2016 também JACIEL (48 9138-6805) juntamente com ELISEU comanda o tráfico no local, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), ZELI SANTANA (48 9638-3548), ERLANDO (48 9191-0225) e ELISEU (48 9631-6142).

Inicia com MARCIANO questionando se no “*Galpão 1 tem radio ?*”, PATRICK dizer “*bom dia rapaziada*” e JACIEL perguntar “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tá bagunça ai na fol então*” e que “*tem varios mano na fol ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lah*” e JACIEL confirma “*pdc então pega radio lá fica lá*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determinar para JEFERSON “*vamos ver isso logo jé*”. MARCIANO responde que “*vou la fk nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**).

Também as conversas de JACIEL (48 9166-0864) com o réu LAUREANO (48 9864-6581) (conhecido pela alcunha de “Lobo” ou “Lóbi”), conforme perícia no celular do mesmo, onde o primeiro também pede, agora no dia 02/10/2016, informações sobre o ponto de venda de drogas e determina providências relacionadas à contabilidade do tráfico (**fls. 2527-2528**).

[02/10/2016 12:02:56] <554891660864>: Salve **lobi**

[02/10/2016 12:03:00] <554891660864>: **tudo certo**

[02/10/2016 12:03:11] <554891660864>: **como anda as coisa por ai**

[02/10/2016 22:59:55] <554891660864>: **taum**

[02/10/2016 23:00:39] <este aparelho>: Tá

[02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **bom**

[02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **tas na bok**

[02/10/2016 23:01:11] <este aparelho>: **Não to aqui na rua de baixo que no galpão 2**

[02/10/2016 23:10:57] <554891660864>: **fala prós cara la lansa 1g pro mano q ta la**

[02/10/2016 23:10:59] <554891660864>: **das favor**

[02/10/2016 23:11:02] <554891660864>: **faz favor**

[04/10/2016 15:11:21] <554891660864>: **taum**

[04/10/2016 15:11:40] <554891660864>: **feio não lansa dinheiro Mariano**

[04/10/2016 15:11:47] <554891660864>: **deixa ai me da salve**

[04/10/2016 15:11:49] <554891660864>: **Q ele me deve moeda**

[04/10/2016 15:11:50] <554891660864>: **tnm**

[04/10/2016 15:11:52] <554891660864>: **tbm**

Consta ainda dos autos (no CD anexo ao laudo de **fl. 2421**) a mensagem de áudio encaminhada por ELISEU em 03/10/16 para o grupo de traficantes, conforme extraído da perícia realizada no celular de JEFERSON. Lá, ELISEU faz referência ao apelido de JACIEL (“Nene”), avisando aos demais, especialmente aqueles responsáveis pela segurança, ou seja, os que ficam com rádios comunicadores e armas (contenção), que não deveriam perder a atenção com aplicativos de celular e redes sociais.

Trata-se de mensagens extraídas do aparelho celular de JEFERSON (laudo pericial e CD anexo – **fls. 2452-2489** - os arquivos são nomeados como PTT 20161003-WA0015 e PTT 20161003-WA0017), São dois áudios no dia 03/10/2016, às 10 horas da manhã, para seus comparsas traficantes com as seguintes mensagens:

Bom começo de dia aí meu irmão. Bá rapaziada eu vô passa uma ideia aí pros irmão aí ó, principalmente pra quem tá na contenção tá ligado. Se chega a passar algum carro aqui pra trás e o contenção não vê ou alguma falha de segurança por causa desses WhatsApp aí ou Facebook vai custar muito caro pra quem tá na contenção e tá direto online. Eu não tô falando aqui, jogando conversa fora, quem quisé abraçá a ideia abraça. Mas quem tivé na contenção e chegá a acontecê uma falha, por causa que tava online, eu não quero saber se é responsa ou o que qui é, se tiver uma falha de algum contenção pode custar muito caro. Então quem tivé na contenção é bom ficá esperto e pará de ficá nesses celulá aí.

E aqui ninguém tá vindo trazê ideia pra mim, ninguém tá vindo falá coisa que tão ou não tão. Eu tô passando toda hora e tô vendo os cara online. Eu puxo aqui pra vê quem tá online e quem não tá. Quem tá trabalhando e tá online ou não. Aqui não tem nenhum bobo. Vocês não tão falando, não tão lidando com nenhum bobo, entendeu rapaziada? Tão...ninguém tá vindo aqui me falá nada. Sou eu mesmo que tô indo pra baixo e pra cima e tô vendo os contenção online. O Marquinho agora eu já peguei o celular dele, porque eu cheguei aqui em cima dele e ele nem viu eu chegando em cima dele. **Então já peguei o celular dele e se eu passar aí pelas contenção e tiver mano online aí eu vô chegá no Nene e no Neguinho aí e nós vamo vê essas ideia aí.** Se **nós** vamo liberar celular na hora do serviço ou não, que pra mim tem que tá 100%. Se não tiver 100% nós vai arrumar quem queira ficar 100%.

Deve ser feita menção também ao numerário encontrado na residência de JACIEL por ocasião do cumprimento do mandado de busca (**fl. 379**), ou seja, R\$ 3.400,00 e US\$ 20,00, em um indicativo claro da destinação da venda de entorpecentes para a qual JACIEL estava associado com alguns dos demais acusados.

Tal como ELISEU, JACIEL evidentemente é um dos líderes dos traficantes associados. Aí a razão de ter sido encontrada relevante quantia de dinheiro em sua residência, bem diverso daqueles outros onde igualmente realizada a busca.

E nas imagens de **fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, é possível ver **ADRIANO MARIANO** no vídeo do dia 21/06/2016 em conhecido ponto de venda de drogas, trazendo consigo o entorpecente que seria distribuído no local. Inclusive consta o mesmo orientando os demais traficantes.

As imagens também já constavam às **fls. 64** do relatório da Polícia Militar.

Ademais, das diversas perícias nos celulares apreendidos é facilmente perceptível que ADRIANO MARIANO usava o telefone n. 48 9117-9188, bem como que integrava grupo do aplicativo *WhatsApp* do qual faziam parte os denunciados MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ADRIANO ROSA (48 9133-9278) ELISEU (48 9631-6142), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9166-0864 e 9138-6805) (**fls. 2427, 2431, 2433**), onde são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes, conforme as inúmeras conversas em vários dias de alguns meses revelam.

Basta fazer referência à conversa (inclusive em áudio) flagrada no celular de JEFERSON, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**, onde este explica a um terceiro que a droga que estava vendendo naquele momento pertencia ao denunciado ADRIANO MARIANO (chamado de “Mariano”):

Ê, olha ali, eu não posso mexer ali ainda tá ligado.

Eu tenho que esperar acabar o o 1kg do Mariano pra mim mexer naquele outro fumo, tá ligado.

Eu nã posso mexer.

Eu tenho que esperar o Nene vim ai, daí a hora que acabar o fumo ali nós vai pesar tudo, vê quantos tem, tá ligado?

Daí é que eu vô mexer pô, mas enquanto isso **eu tenho que esperar sair aquele quilo do Mariano ali entendeu.**

A hora que eu for mexer ali eu já dou um salve pra ti.

Os traficantes, além de revezarem a força de trabalho, determinando escalas com horários para a venda de entorpecentes pelos demais, também realizavam, entre ADRIANO MARIANO, ELISEU e JACIEL uma espécie de rodízio da droga que era vendida. Afinal, eram esses os líderes dos demais.

Assim, em determinado momento era vendida a droga de ADRIANO MARIANO, com os lucros ficando para o mesmo. Em outro a droga de ELISEU e depois JACIEL. Havia, por isso, um estoque próprio de cada um, assim como a responsabilidade pelo pagamento ao distribuidor, tudo para minimizar as perdas dos associados e, evidente, dificultar o trabalho da polícia em encontrar as drogas que estavam escondidas em locais distintos.

Corroborar neste ponto a mensagem encaminhada por JACIEL (48 9166-0864) para ELISEU (48 9631-6142) (**laudo de fl. 2433** do celular apreendido na casa de ELISEU) onde o primeiro reclama de um distribuidor que está cobrando o pagamento da droga que foi entregue há pouco, ou seja, em tempo insuficiente para venda. Nessa conversa, por diversas vezes JACIEL reitera o nome de ADRIANO MARIANO, referindo a quantidade de entorpecentes do mesmo, bem como o rodízio que é feito entre eles e JACIEL.

Também conversas entre JACIEL (48 9166-0864) e HELTON (48 48 9133-9604) (**fl. 2443**), onde este último (mesmo preso desde 05/08/2016) pede “fumo” para o primeiro, o nome de ADRIANO MARIANO é referido, aparentemente pelo fato de estar na “vez” daquele vender a droga, a qual seria entregue então para HELTON, mesmo preso.

Já em 28/09/2016 fica claro tanto a associação como a organização do tráfico no local e o envolvimento de ADRIANO MARIANO, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), ZELI SANTANA (48 9638-3548), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225) e JACIEL (48 9138-6805).

Lá, depois de ELISEU avisar que existe dois “*p2 meu irmão*” no bairro Jardim Progresso, se referindo a policiais a paisana, ADRIANO MARIANO pergunta “*tão aonde eles*” “*fmz*” “*wuantas viatur*”, “*tão aonde feio*”, revelando assim a preocupação.

E também conversas entre JACIEL (celular apreendido na casa de ELISEU) e ADRIANO MARIANO, extraída do CD anexo ao laudo de **fl. 2421**:

[03/10/2016 14:35:55] <este aparelho>: **Taum feio tem moeda do fumo la pra lansa la pro zamba**

[03/10/2016 14:36:12] <este aparelho>: Ele tá me pedindo mas **não ta na minha vez**

[03/10/2016 14:50:15] **<Mariano>: Tem 300 pila**

[03/10/2016 14:50:46] <este aparelho>: Tá falta muito pra acaba

[03/10/2016 14:50:48] <este aparelho>: Teu

[03/10/2016 14:51:15] **<Mariano>: 800**

[03/10/2016 14:51:42] <este aparelho>: Bah

[03/10/2016 18:17:59] <este aparelho>: Feio falta 700

[03/10/2016 18:18:03] <este aparelho>: De vcs

[03/10/2016 18:18:27] <este aparelho>: Tenho q lansa moeda la pro zamba ve ai se consegui uma moeda

[03/10/2016 18:18:45] <este aparelho>: Acelerao nem pego maiz

[03/10/2016 18:18:48] <este aparelho>: Com ele [...]

[04/10/2016 15:31:56] <este aparelho>: Taum feio

[04/10/2016 15:32:02] <este aparelho>: Tudo certo

[04/10/2016 15:32:18] **<Mariano>: Sim**

[04/10/2016 15:32:22] <Mariano>: Eai

[04/10/2016 15:32:46] <este aparelho>: Feio arruma moeda ai pra paga dim la pro zamba la fica aí me procurando mas não ta minha vez

[04/10/2016 15:32:51] <este aparelho>: Bicho chato

[04/10/2016 15:33:03] <este aparelho>: Aqui tudo certo so esse mano q acelera

[04/10/2016 15:33:06] <este aparelho>: Cara

[04/10/2016 15:33:36] <Mariano>: (#Sem Texto)

Anexo: AgA3XYer4lkJ4pnCRL2k9iu_DHd5UmAjGS-P63K4j0Ni.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 15:33:51] <Mariano>: (#Sem Texto)
Anexo: AlWuu2qvvslczV9XdoP460TQCK2zmoTsMdMp2-sy-mv.enc (#Não Encontrado)
[04/10/2016 15:34:16] <este aparelho>: Não feio so vende ai paga ele vai sair devaga mesmo jeito
[04/10/2016 15:34:29] <este aparelho>: Saiu 300 do teu neh
[04/10/2016 15:34:49] <este aparelho>: Não tem como lansa esse dim das 300 pra ele
[04/10/2016 15:34:52] <este aparelho>: Feio
[04/10/2016 15:35:01] <este aparelho>: 300ja da 1200
04/10/2016 15:35:28] **<Mariano>: Vou ver ali**
[04/10/2016 15:35:43] **<Mariano>: Mas se pa ja lanso**
[04/10/2016 15:36:07] <este aparelho>: Pensa cara chato
[04/10/2016 15:36:11] <este aparelho>: Última tbm
[04/10/2016 15:36:13] <este aparelho>: Q pego
[04/10/2016 15:36:15] <este aparelho>: Dele [...]

E a prova encartada aos autos revela que **JEFERSON** era um dos mais atuantes traficantes, sendo que suas funções na associação para o tráfico já estavam externadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 88 e 89**) e vídeos (de 22 de junho - **fls. 2178**).

JEFERSON vendia drogas no turno da tarde, onde pode ser visto nas imagens com entorpecentes, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos. Também por vezes fazia a função de contenção no local.

As mensagens encontradas no celular do mesmo (**fls. 2452-2489**), além daqueles outros apreendidos e periciados, demonstram claramente que JEFERSON constantemente prestava contas das vendas de drogas para ELISEU, JACIEL e ADRIANO MARIANO. Era assim, também uma espécie de contador na associação para o tráfico, cuidando para que o rodízio da venda de drogas entre aqueles fosse observado.

Como já dito, é crível que, uma vez ou outra JEFERSON estivesse, por conta e risco, vendendo *ecstasy* (aparentemente este tipo de droga, já que os traficantes associados, como se infere, aparentemente prestigiavam mais comercialização de maconha, cocaína e crack na localidade), sem a ciência dos demais, conforme se extrai das mensagens através do Facebook de **fl. 2467-2468**. Insisto, contudo, que isso era absolutamente esporádico, já que JEFERSON atuava ativamente no tráfico com os demais conforme a farta prova dos autos demonstra.

A prova dos autos, de fato, revela que JEFERSON vendia as drogas (especialmente *ecstasy*) do grupo associado para outros pequenos traficantes da Comarca revenderem em festas (como o réu ARTUR), conforme se verá quando se tratar do crime de tráfico.

Mas, o compromisso maior de JEFERSON era o tráfico perpetrado em associação com os outros.

Em uma das mensagens, mais especificamente no dia no dia 24/09/2016 através do Facebook (fls. 51 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489), DANIEL pede para JEFERSON lançar mais drogas para venderem naquele dia, dizendo “*tem a condição de passa umas 10 @ hj o nois gira na resposta. So tu memo feio amanha tua merreca ta na mao*”. Aqui, aparentemente estão tratando de “ecstasy”, usando o termo “roda” ou “@”.

Da mesma forma, e também através do Facebook, JEFERSON negocia a venda de *ectasy* (roda ou “@” como é dito) para outro provável traficante (Jonathan Lavratti), que inclusive “printa” a conversa que estava tendo com o usuário para mostrar para JEFERSON a necessidade da compra urgente da droga para revenda (fls. 56 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489):

[17/09/2016 20:37:15] <Jeferson Mello>: Tão

[17/09/2016 20:46:53] <Jonathan Lavratti>: Tão

[17/09/2016 21:13:16] <Jeferson Mello>: **Tenho umas @ boa**

[17/09/2016 21:13:21] <Jeferson Mello>: No 10

[17/09/2016 21:13:31] <Jeferson Mello>: Luivitom

[23/09/2016 13:16:31] <Jonathan Lavratti>: Tão, fmz?

[23/09/2016 13:16:47] <Jonathan Lavratti>: Tá pedindo quando nas Lviton?

[23/09/2016 15:00:03] <Jeferson Mello>: Acima de 100 8:50

[24/09/2016 10:10:20] <Jeferson Mello>: É das gringa

[24/09/2016 10:10:47] <Jeferson Mello>: C pega umas 50 no 9

[05/10/2016 10:02:55] <Jonathan Lavratti>: Salve

[05/10/2016 12:26:27] <Jeferson Mello>:

[05/10/2016 12:46:19] <Jonathan Lavratti>: 100 Luiz viton faz no quanto ?

[05/10/2016 12:48:35] <Jonathan Lavratti>: **Tô com um corre engatilhado , posso pegar as rodas leva pra mina e daí levar o dinheiro pra ti ?**

E no celular de JEFERSON também é possível ver fotos de armas e drogas sintéticas, estas últimas dispostas em uma mesa com a sigla “ST”, em clara referência à organização criminosa “Sem Terra” (fls. 2463-2465).

Conforme conversas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) trata com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ZELI SANTANA (48 9638-3548), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. 2427, 2431, 2433) assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais JEFERSON concorria, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam.

Às fl. 2469, JEFERSON avisa a todos que acabou a venda de maconha (“*tão, cabo fumo*”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

Assim, JACIEL conversa com JEFERSON (48 9682-4877), onde o último presta informações sobre o ponto de venda de drogas. JEFERSON repassa as vendas realizadas e JACIEL comenta sobre traficantes que reclamam da “escala”, se referindo aos horários de trabalho dos demais (fl. 2437):

[28/09/2016 19:57:28] <este aparelho>: Taum
[28/09/2016 19:57:32] <este aparelho>: Noma
[28/09/2016 19:57:53] <este aparelho>: **Como ta fvl**
[28/09/2016 19:58:34] <Jeff>: Tão
[28/09/2016 19:58:44] <Jeff>: **Tudo 2**
[28/09/2016 19:59:12] <Jeff>: **Pararão de encomoda**
[28/09/2016 19:59:30] <este aparelho>: Podia atee q emfim
[28/09/2016 19:59:39] <este aparelho>: Ata q enfim
[28/09/2016 19:59:49] <este aparelho>: Novas
[28/09/2016 19:59:56] <Jeff>: Samuca pago
[28/09/2016 19:59:56] <este aparelho>: **Das contencao**
[28/09/2016 20:00:01] <este aparelho>: Frmz
[28/09/2016 20:00:10] <este aparelho>: **Deixa ai guardado**
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:42] <este aparelho>: Já ta tirando nosso
[28/09/2016 20:00:49] <Jeff>: **Coloquei 50 ontem**
[28/09/2016 20:01:02] <este aparelho>: Tomara q sala logo
[28/09/2016 20:01:25] <Jeff>: **Essa semana é final de mês ainda**
[28/09/2016 20:01:43] <este aparelho>: Aham
[28/09/2016 20:01:56] <este aparelho>: **Corre gosto desse feio**
[28/09/2016 20:02:32] <Jeff>: **Uns reclama outros dia que é boa**
[28/09/2016 20:02:53] <este aparelho>: **Quem pega escala sempre vai reclama**
[28/09/2016 20:04:33] <Jeff>: Aham [...]
[29/09/2016 13:50:16] <este aparelho>: Tão
[29/09/2016 13:50:30] <Jeff>: **Lançei mais 500 pro gudan**
[29/09/2016 13:50:50] <este aparelho>: Pdc
[29/09/2016 13:51:33] <Jeff>: **Com aquele 600 foi lançado 3100**
[29/09/2016 13:52:28] <Jeff>: isso ?
[29/09/2016 13:52:40] <este aparelho>: Clr

[29/09/2016 13:52:45] <este aparelho>: Isso mesmo

[29/09/2016 13:53:17] <este aparelho>: **Vc La so 600 no começo 2000 e agora 500**

[29/09/2016 13:53:30] <Jeff>: É

Em outra, JEFERSON (48 9682-4877) também fala com JACIEL (nos contatos adicionado como “Patatá”), esclarecendo que naquele dia estava fazendo a função de contenção, ou seja, realizando a segurança do local de venda de drogas, quer com armas ou com rádios comunicadores.

[02/10/2016 23:16:09] <Patata>: Taum

[02/10/2016 23:16:18] <Patata>: Tas aonde

[02/10/2016 23:16:35] <jef>: **Cotenção**

[02/10/2016 23:16:57] <Patata>: Na de cima

[02/10/2016 23:17:02] <jef>: Aham

[02/10/2016 23:17:18] <Patata>: **O feio não tem hb20 branco ai**

[02/10/2016 23:17:23] <Patata>: **Dentro**

[02/10/2016 23:17:37] <jef>: **Já saiu**

Consta ainda um áudio no celular de JEFERSON, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**, em que este fala com o telefone 48 9156-6725 esclarecendo que a venda de drogas nos finais de semana é maior, quando os traficantes “*enchem o bolso*”. JEFERSON inclusive fala que trocou de lugar com um indivíduo conhecido como “*Lages*” (que também será referido mais à frente quando se tratar do réu HELTON).

É, é, pois é tá saindo cara...tá saindo ali rapidão.

E daí, não qualquer coisa eu também tenho uma moeda aqui feio.

Tá ligado, do meu corre aqui ó, desse final de semana aí.

No mínimo gira uma carinha legal só do meu corre ali, tá ligado?

Eu na biqueira ali gira um dinheirinho legal cara.

Final de semana aí...bá...é de encher o bolso.

Hoje é porque eu deixei o Lages ali, tá ligado?

Ele tá fazendo a bainha ali dele, deixa ele ficar ali.

Ele pediu pra ficar ali pra tá juntando uma moeda ali.

Aí hoje ele fica o dia todo e já ganha um dinheirinho legal, tá ligado? [...]

Também em outra conversa de áudio encontrada no CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489** do celular de JEFERSON, este relata para terceira pessoa (Jenifer Caroline) que chegará tarde pois trabalhará (na firma - na associação para o tráfico) até uma hora da manhã:

Só uma hora da manhã.

Chego em casa só uma hora da manhã.

Todo dia, o dia todo.

Disposição nega.

Tu acha que nós para?

A firma não para.

O bagulho é o fluxo

LAUREANO igualmente já estava identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fl. 84**) e **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde é possível ver o denunciado traficando no vídeo do dia 21/06/2016.

Conforme as imagens revelam, **LAUREANO** era o agente que naquele dia fazia a contenção no turno da tarde, enquanto a venda era realizada pelo réu **DANIEL**. Nesse sentido, aliás, o depoimento do policial de **fl. 2021**:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que do meio dia às 18, não sabe definir o motivo, eles dividiram em dois pontos [...] **Que num ponto de ônibus ficava o Daniel Armando Alves - Muca - responsável pela venda da droga, Laureano - responsável pela contenção, ficava armado** e mais um menor que não se recorda o nome que fazia a função de rádio comunicador”. (**fl. 2021**).

Na casa do mesmo foi apreendido um colete balístico, conforme termo de apreensão de **fl. 506**, além de uma arma e drogas, o que confirma a função que exercia, ou seja, com arma e colete para realizar a segurança dos demais que perpetravam o tráfico e para o qual também estava associado.

Não fosse o bastante, as mensagens encontradas no celular do mesmo (laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**), além daqueles outros apreendidos, demonstram claramente que **LAUREANO** participa do grupo de *WhatsApp* criado pelos traficantes, revelando assim que estava intimamente associado com os demais.

Deve ser feita referência ainda às fotos de armas com o mesmo, e da própria sigla da organização criminosa (“STR”) encontradas como papel de parede do celular de **LAUREANO** (conforme laudo pericial de **fls. 2524**). Em várias fotos **LAUREANO** aparece segurando pistolas e rádios comunicadores, usados pelos traficantes do local.

E segundo conversas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, **LAUREANO** (48 9820-8661) trata com **MARCIANO** (48 9108-1471), **JEFERSON** (48 9682-4877 e 48 9109-4595), **ELISEU SENCA** (48 9631-6142), **PATRICK** (48 9676-9436) **ERLANDO** (48 9191-0225), **JACIEL** (48 9138-6805) e **ADRIANO MARIANO** (48 9117-9188) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**) de assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam.

Constam dos autos ainda as conversas de **JACIEL** (48 9166-0864) com o réu **LAUREANO** (conhecido pela alcunha de “Lobo ou Lób”), onde o primeiro pede para o segundo, no dia 02/10/2016, informações sobre o ponto de venda de drogas e determina providências relacionadas à contabilidade do tráfico (**fl. 2527-2528**).

[02/10/2016 12:02:56] <554891660864>: Salve **lobi**
 [02/10/2016 12:03:00] <554891660864>: **tudo certo**
 [02/10/2016 12:03:11] <554891660864>: **como anda as coisa por ai**
 [02/10/2016 22:59:55] <554891660864>: **taum**
 [02/10/2016 23:00:39] <este aparelho>: Tá
 [02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **bom**
 [02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **tas na bok**
 [02/10/2016 23:01:11] <este aparelho>: **Não to aqui na rua de baixo que no galpão 2**
 [02/10/2016 23:10:57] <554891660864>: **fala prós cara la lansa 1g pro mano q ta la**
 [02/10/2016 23:10:59] <554891660864>: **das favor**
 [02/10/2016 23:11:02] <554891660864>: **faz favor**
 [04/10/2016 15:11:21] <554891660864>: **taum**
 [04/10/2016 15:11:40] <554891660864>: **feio não lansa dinheiro Mariano**
 [04/10/2016 15:11:47] <554891660864>: **deixa ai me da salve**
 [04/10/2016 15:11:49] <554891660864>: **Q ele me deve moeda**
 [04/10/2016 15:11:50] <554891660864>: **tnm**
 [04/10/2016 15:11:52] <554891660864>: **tbm**

E às **fl. 2469**, JEFERSON avisa a todos que acabou a venda de maconha (“*tão, cabo fumo*”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

ERLANDO, por sua vez, foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fl. 97**) e vídeos (**fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), onde é possível ver o denunciado do dia 29/06/2016, com as mesmas vestes da foto.

ERLANDO também aparece realizando a contenção às **fl. 129 dos autos apensos 900100-06**.

ERLANDO, que tem o apelido de “Catraca” e usava o celular n. 48 9191-0125, assim como outros, fazia parte de grupos de WhatsApp (registrado nos contatos de ELISEU como “Catra”) conforme informações extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2421-2451**, onde constam LAUREANO (48 9820-8661), MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), PATRICK (48 9676-9436), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**) e onde os assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam, era a tônica das conversas.

Assim, consta que no dia 19/09/2016, associado para o tráfico no local, ERLANDO conversa com todo do grupo, ou seja, MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), JACIEL (48 9138-6805) e ELISEU (48 9631-6142).

Lá, MARCIANO questiona se no “Galpão 1 tem radio?”, PATRICK diz “*bom dia rapaziada*” e JACIEL perguntar “*cadê os mano?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tá bagunça ai na fol então*” e que “*tem varios mano na fol ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lah*” e JACIEL confirma “*pdc então pega radio lá fica lá*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fke nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (fl. 2526).

Também consta do CD anexo ao Laudo de fls. 2421-2447 conversas de ERLANDO (com alcunha *Catrac* e adicionado nos contatos como “*Catra*”) com JACIEL, onde o último pede informações sobre o ponto de venda de drogas. ERLANDO então avisa que a polícia esteve no ponto que vende pedra (*crack*) de madrugada.

[29/09/2016 08:23:40] <este aparelho>: Bom dia
 [29/09/2016 08:38:31] <Catrac>: Bom dia pa noix
 [29/09/2016 08:39:01] <este aparelho>: **Como ta fvl**
 [29/09/2016 08:39:20] <Catrac>: **Td2 noma**
 [29/09/2016 08:39:33] <Catrac>: **Só tivero ontem na madrugada aq**
 [29/09/2016 08:39:47] <este aparelho>: Novas mas além tamos ai
 [29/09/2016 08:39:54] <Catrac>: **3 vt mais só foro na boca da pedra**
 [29/09/2016 08:39:57] <este aparelho>: Tem q fica ligado
 [29/09/2016 08:40:13] <este aparelho>: Eles tão loko pra Mata um
 [29/09/2016 08:40:16] <este aparelho>: Na covardia

E conforme testigos dos policiais, ERLANDO realizava a contenção no período da noite, sendo que por duas vezes também foi abordado com drogas por policiais na saída da localidade de Jardim Progresso, conforme os Termos Circunstanciados apensos 0001495-58.2016.8.24.0072 (dia 23/06/2016 com 13 comprimidos de *ecstasy* e R\$ 2.909,00 reais) e 0001598-65.2016.8.24.0072 (dia 26/07/2016 com 1,1 g de *ecstasy*).

“Que Erlando foi abordado na saída e pego com ele uma quantidade de *ecstasy*”; (...) “Que visualizou Erlando num ponto de venda, no período da noite” (fl. 1999)

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que das 18 até a 1, eles usavam a primeira rua também; [...] Que nesse período, era o que mais tinha pessoas envolvidas no comércio; Que tinham dois que faziam a venda Joilson e Thiago Azevedo - que esses dois eram responsáveis pela venda; Que o “*Catrac*” e o Thiago Wilson eram responsáveis pela contenção; Que “*Catrac*” é a pessoa de Erlando Júnior; Que inclusive o Thiago Azevedo, teve um dia que ele tava fazendo a venda”; (fl. 2021).

“Que Erlando ficava na contenção - que ele é o vulgo “*Catrac*” que ele foi visto muitas vezes armado”. (fl. 2024)

As funções de **PATRICK** no tráfico já estavam igualmente identificadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 90**) e vídeos (de 15 e 20 de junho - **fls. 458** dos autos apensos **900100-06**).

PATRICK vendia drogas no turno da tarde, onde pode ser visto nas imagens com entorpecentes e balança de precisão. Também por vezes fazia a função de contenção no local.

No dia da operação ainda foram encontrados 32 (trinta e dois) comprimidos de *ecstasy* na residência do mesmo, conforme termo de apreensão de **fls. 408**.

Imagens de drogas (inclusive dispostas fazendo a siglas “ST”), rádio comunicador, munições, armas (especialmente pistolas) e dinheiro também podem ser encontradas no celular de **PATRICK (fls. 2490-2515)**

E constam dos autos as mensagens encontradas no celular do mesmo (**fls. 2490-2515**), além daqueles outros apreendidos e periciados, que demonstram **PATRICK** conversando com **MARCIANO** (48 9108-1471) em dois dias distintos, tanto sobre munições como sobre sobre os horários do “turno”:

[11/09/2016 01:40:42] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 01:41:11] <554891081471>: N era vc q ia pega na madrua

[11/09/2016 02:53:30] <este aparelho>: N

[11/09/2016 04:00:25] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 04:00:35] <554891081471>: Tem bala ai?

[11/09/2016 04:01:24] <este aparelho>: tem com o isac

[14/09/2016 00:42:45] <554891081471>: Tao

[14/09/2016 00:42:58] <554891081471>: Tas na baia?

[14/09/2016 00:43:28] <554891081471>: Q horas é teu corre

[14/09/2016 00:43:28] <este aparelho>: Tõ

[14/09/2016 00:43:31] <este aparelho>: Amanhã

[14/09/2016 00:43:35] <este aparelho>: 13:30

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Fmx

[14/09/2016 00:49:06] <este aparelho>: pq?

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Ia vê se VC guentava meu corre mas de boa

No mesmo sentido dos horários de **PATRICK**, aliás, os depoimentos dos policiais:

“que Patrick foi visualizado fazendo o comércio de entorpecente e na função de contenção, onde ficava armado” (**fl. 1999**)

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que do meio dia às 18, não sabe definir o motivo, eles dividiram em dois pontos [...] no outro ponto eles vendiam maconha e pedra; que neste local visualizou inúmeras vezes o Jeferson Mello, pesando, embalando e entregando; que também visualizou o Patrick também entregando, mas porém, estava mais na função de contenção e rádio comunicador” (**fls. 2021**)

“que Jeferson Mello e Patrick de Oliveira Leandro trabalhavam no tráfico de drogas e na contenção; que lembra de Joilson no tráfico e na função de olheiro” (fl. 2042)

Corroboram ainda mensagens encontradas no celular do réu THIAGO (fls. 2490-2515 conforme CD anexo), onde o denunciado ARTUR pergunta sobre o trabalho no “ST” e PATRICK responde: “*uhm*” “*to na conteça*”, se referindo obviamente à função de contenção.

PATRICK, aliás, também é visto às fl. 136 dos autos apensos 900100-06 com JACIEL SENCA.

Conforme conversas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, PATRICK (48 9676-9436) igualmente conversa com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9138-6805), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. 2427, 2431, 2433), onde são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam.

Naquele grupo, conforme conversa extraída no CD anexo ao laudo de fls. 2516-2533, PATRICK (48 9676-9436) comenta “*alguém no c1??*”, se referindo ao Setor 1 (fl. 52 – Rua Osvaldo Argino Cordeiro), bem como em outro dia avisa “*ai rapaziada*” “*vo chega hum poko atrasado fmz*”.

Igualmente é possível encontrar mensagem no CD anexo ao laudo de fls. 2516-2533, de um indivíduo identificado como “Curita” (48 9628-7178) no dia 29/09/2016 perguntando “*tá suave o setor 2 ?*” “*ai funcionários ?*”, ao que PATRICK responde “*vo passa hum pano*” “*perai*”, o que demonstra que estava exercendo a função de contenção naquele momento.

Também consta mensagem de ELISEU avisando “*são p2 meus ermão*” (se referindo a viatura descaracterizada), ao que ADRIANO questiona “*tão onde eles*” e PATRICK responde “*jah pinaro eu acho*” “*vi as duas saindo pra fora pelo c1*”, ou seja, já foram embora pela Rua Osvaldo Argino Cordeiro.

E às fl. 2501, JEFERSON avisa a todos do grupo (inclusive PATRICK) que acabou a venda de maconha (“*tão, cabo fumo*”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

Em outra, PATRICK (48 9667-9436) também fala com ARTUR (48 9106-0796), solicitando ajuda para realizarem dois ataques com tiros e gasolina, já que “*eles não querem apoia a Glock pra mim*”, se referindo a autorização dos demais traficantes para usar as armas da organização (fl. 2506), o que demonstra claramente o vínculo do mesmo com os outros traficantes. ARTUR então prontamente se dispõe a ajudar e PATRICK. Este, preocupado com o “trabalho” no tráfico, diz: “*Dai jah arrumo hum pra aguenta meu corre aki*”, se referindo a encontrar outro traficante para ficar em seu lugar (fl. 2507).

Em outra conversa encontrada no celular de THIAGO (48 9864-6581), conforme CD anexo ao laudo de fls. 2381-2400, depois de JEFERSON (48 9682-4877) postar uma foto de uma arma calibre 12 e uma pistola, ARTUR comenta “*putz Glock 12 e uma 9mm*”, ao que JEFERSON responde: “*é o poder*”. ARTUR então pergunta de PATRICK e JEFERSON responde: “*ta na baia de jega*” (fl. 29).

Constam ainda diversas conversas de PATRICK, conforme CD anexo ao laudo de **fls. 2490-2515** do celular do mesmo, com JEFERSON (48 9682-4877), onde tratam do cotidiano do tráfico. Lá PATRICK pergunta para JEFERSON: “*o mariano tá aí ainda*”, se referindo ao réu ADRIANO MARIANO. Também PATRICK avisa: “*o lobo tá indo aí*” (se referindo ao réu LAUREANO). Igualmente é feita referência ao réu ERLANDO, quando PATRICK fala: “*o feio o Catraka disse que não te*”. (conforme **fls. 5 e 6** do relatório do CD).

Igualmente as funções de **PAULO ROBERTO** no tráfico já estavam externadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 78-79**) e vídeos (de 05 de julho - **fls. 2178**).

PAULO ROBERTO aparece nas filmagens vendendo drogas no turno da manhã, onde pode ser visto com entorpecentes, sacolas, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos. Também por vezes vendia drogas no turno da tarde, segundo depoimento dos policiais.

PAULO ROBERTO aparece nas imagens juntamente com VANDERLEI (de camisa vermelha), o qual fazia as funções de contenção e também ajudava na venda de drogas.

PAULO também foi flagrado realizando a contenção, com um rádio comunicador às **fl. 97 e 112-113 dos autos apensos 900100-06**.

VANDERLEI já aparecia em fotos (**fls. 91-92**) e vídeos (de 05 de julho - **fls. 2178**).

Foi flagrado nas filmagens tanto vendendo drogas juntamente com PAULO ROBERTO no turno da manhã, com entorpecentes, sacolas, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos, como realizando as funções de contenção.

E VANDERLEI também aparece na perícia realizada no sistema de câmeras instalado (laudo pericial de **fls. 2951-2957**) na casa de ELISEU. Lá é possível vislumbrar o monitoramento na sala e na área externa da residência.

Existem então imagens do denunciado VANDERLEI, em frente e dentro da residência de ELISEU, fazendo uso de um rádio comunicador (**fls. 3400-3401**), aparelho utilizado pelos traficantes do local para se comunicarem com agilidade (isso, reafirmo, está reiteradamente referido nos depoimentos dos policiais e constam dos autos áudios captados pelos milicianos).

Resta evidente que VANDERLEI estava fazendo a segurança da residência daquele apontado pelas investigações como líder dos traficantes associados, em clara associação também de VANDERLEI para o tráfico.

Os milicianos destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“que em relação a Vanderlei Lourival, se não se engana (...) ele era o masculino que assumiu a função de contenção e rádio comunicador junto com Paulinho Machado.” (**fl. 2021**)

“que Vanderlei Lourival era da função do tráfico” (**fl. 2042**).

Aliás, consta do CD anexo ao Laudo de **fls. 2421-2447** conversas de JACIEL (48 9166-0864) com ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), onde o vulgo de VANDERLEI, ou seja, “Pokemon” (confirmado em seu interrogatório – **fl. 2190-2191**) é referido.

Lá, JACIEL pede para ADRIANO pagar ao mesmo e posteriormente acertariam, o que demonstra claramente o envolvimento de VANDERLEI na associação para o tráfico de entorpecentes:

[01/10/2016 22:05:51] <este aparelho>: Salve noma

[01/10/2016 22:06:18] <este aparelho>: Tens como lansa 100 real **Pokemon segunda te lanso**

As funções de **IZAQUE** no tráfico já estavam relatadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 79-80, 139 e 142**) e vídeo (de 21 de junho - **fls. 458** dos autos apensos **900100-06**).

IZAQUE aparece nas filmagens vendendo drogas no turno da manhã, onde pode ser visto com entorpecentes, sacolas, balança de precisão e material para embalar drogas, além de dinheiro e dos usuários próximos. IZAQUE aparece nas imagens juntamente com PAULO ROBERTO (de calça com listras brancas), ambos revezando nas funções de contenção e venda de drogas.

IZAQUE realizava a venda de drogas igualmente em pontos determinados daquela localidade. Um dos policiais destacou as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] Que no horário das 7 até as 13, eles ficavam na mesma rua, na terceira transversal; **que nesse horário visualizou Paulo Roberto Machado – Paulinho Machado, Izaque** e um menor de 13/14 anos que não se recorda o nome; que visualizou essas pessoas comercializando, embalando e entregando entorpecentes.” (**fl. 2021**)

Também constam dos autos as mensagens encontradas no celular de PATRICK (**fls. 2490-2515**), além daqueles outros apreendidos e periciados, que demonstram PATRICK conversando com MARCIANO (48 9108-1471) sobre IZAQUE. Em uma dessas conversas MARCIANO pergunta para PATRICK se o mesmo tem “bala” (o que tanto pode se referir a munições como entorpecentes). PATRICK então responde que “*tem como Isac*”:

[11/09/2016 01:40:42] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 01:41:11] <554891081471>: N era vc q ia pega na madrugada

[11/09/2016 02:53:30] <este aparelho>: N

[11/09/2016 04:00:25] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 04:00:35] <554891081471>: Tem bala ai?

[11/09/2016 04:01:24] <este aparelho>: tem com o isac

As funções de **DANIEL** no tráfico igualmente já estavam relatadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 83**) e vídeo (de 21 de junho - **fls. 458** dos autos apensos **900100-06**).

DANIEL aparece nas filmagens de calça vermelha e touca vendendo drogas no turno da tarde,

onde inclusive pode ser visto entregando o entorpecente depois de receber o dinheiro. DANIEL aparece nas imagens juntamente com LAUREANO (de bermuda branca), ambos revezando nas funções de contenção e venda de drogas.

DANIEL foi preso em sua residência onde encontrado um rádio comunicador utilizado pelos traficantes, conforme termo de **fl. 402**.

DANIEL, aliás, realizava a venda de drogas igualmente em lugares determinados daquela localidade. Trata-se de um ponto de ônibus onde consta uma pixação com a inscrição “STR”. Os policiais destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que num ponto de ônibus ficava o Daniel Armando Alves – Muca – responsável pela venda da droga, Laureano – responsável pela contenção, ficava armado e mais um menor que não se recorda o nome que fazia a função de rádio comunicador” (**fl. 2021**)

“que Daniel Alves, visualizou ele vendendo cocaína num ponto de ônibus e no dia da operação ele estava como olheiro” (**fl. 2024**).

DANIEL efetivamente vendia drogas no local. Isso também fica absolutamente claro, insisto, pelas mensagens e fotos encontradas nos celulares periciados, a exemplo daquela que aparece no celular de JEFERSON (**fls. 2452-2489**).

Lá, mais especificamente no dia 24/09/2016 (10:11:26), DANIEL pede para JEFERSON, através de mensagem no *Facebook*, para este último lançar mais drogas para venderem naquele dia, dizendo “*tem a condição de passa umas 10 @hj o nois gira na resposta. So tu memo feio amanha tua merreca ta na mao*”. JEFERSON então escreve: “*vom v feo*”. Mais tarde (23:00:50) DANIEL pede para mais drogas: “*Sbd so tu memo Joga mais 15@ na do irmão. P mim ta girando ai pa tu fiel!*”

A despeito da negativa de **THIAGO**, que em seu interrogatório (**fl. 2192-2193**) inclusive tentou justificar a apreensão de um caderno com anotações do tráfico em sua residência (**fls. 422**), as funções do mesmo no comércio de drogas igualmente já estavam relatadas no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fls. 97**) vídeos (**fls. 458 dos autos apensos 900100-06**)

THIAGO aparece nas filmagens de touca preta vendendo drogas no turno da noite, onde inclusive pode ser visto entregando o entorpecente depois de receber o dinheiro. THIAGO aparece nas imagens juntamente com ERLANDO (de moletom preto e vermelho), este na função de contenção e o primeiro na venda de drogas.

THIAGO realizava a venda de drogas com grande parte dos demais acusados. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelas imagens e todo o levantamento policial realizado, onde consta que vendia drogas em horários pré-estabelecidos pelos traficantes associados.

Na residência de THIAGO foi apreendido um caderno com anotações de tráfico, conforme termo de **fl. 422**, o qual se encontra às **fls. 2656, 2675-2676**.

A palavra “*corre*” no caderno nitidamente delimita as anotações do tráfico feitas por THIAGO. Às **fl. 2665** consta o vulgo de MARCIANO, ou seja, “*Mutante*”, cujo nome também está escrito às **fl. 2668** (“*Marciano Med*”, ou seja, MARCIANO MEDEIROS).

Já às **fl. 2672** constam “70g de corda”, “100g de pó”, “30g de pó” e “20g de pedra”. Às **fl. 2675**, a expressão “*mofu*”, que se refere ao anagrama de “fumo”, também escrita às **fl. 2676**

THIAGO, enfim, realizava a venda de drogas igualmente em pontos determinados daquela localidade. Trata-se de um pequeno barraco com iluminação e com grande movimentação de usuário, conforme as imagens revelam. Os policiais destacaram as funções que o mesmo exercia na associação criminosa voltada aos tráfico:

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que das 18 até as 1, eles usavam a primeira rua também; (...) que nesse período era o que mais tinha pessoas envolvidas no comércio; que tinham dois que faziam a venda - Joilson e Thiago Azevedo – que esses dois eram responsáveis pela venda” (**fl. 2021**)

Constam ainda conversas de THIAGO, conforme CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400** do celular do mesmo (48 9864-6581), com ARTUR (48 9106-0796), onde tratam de um indivíduo de nome João Vítor que teria roubado um celular de um conhecido de ARTUR (conforme **fls. 37** do relatório do CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400**), e onde o nome de JEFERSON (“*Jeff do Sem Terra*”) também é referido.

Igualmente consta uma conversa de THIAGO com PATRICK em 02/09/2016 (**fl. 38** do relatório do CD).

E nesse mesmo CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400** do celular de THIAGO ainda existem inúmeras fotografias de armas (pistolas, revólveres, escopetas etc), drogas (maconha, *ecstasy*), além de maços de dinheiro. Em uma delas, aliás, é possível ver o réu ZELI SANTANA juntamente com JEFERSON, este último com um rádio comunicador pendura ao pescoço, ambos em um possível ponto de vendas de drogas.

MARCIANO era foragido do sistema penitenciário desde 22/12/2015 (**fl. 18 dos autos apensos 2115-70**) e por isso exercia as funções no tráfico quase que apenas no turno da madrugada, a fim de não se expor ao risco de ser abordado pela polícia durante o dia.

Isso fica absolutamente claro nas mensagens trocadas com sua companheira Shaiane, as quais encontradas no celular do mesmo (48 9108-1471) (constam várias fotos do mesmo no aparelho), conforme laudo pericial de **fls. 2757-2762** e CD anexo aos autos:

[16/07/2016 19:46:30] <me>: vai trampa até q hrs?

[16/07/2016 19:47:18] <554891081471>: uma

[16/07/2016 19:47:21] <554891081471>: acho

[02/08/2016 16:02:53] <me>: vc nem bola pra mim da nem se quer pergunta se tou bem nem ir na mãe comigo pode **esse teu turno da noite ta uma merda**

[02/08/2016 16:03:32] <me>: sei q tenho q intender mais nos não temos mais tempo pra nada nem pra ficar 5 minutos juntos

[08/08/2016 00:13:01] <me>: vai ficar até q hrs?

[08/08/2016 00:28:26] <me>: dae

[08/08/2016 00:31:56] <554891081471>: a noite toda se pa

[08/08/2016 00:37:22] <me>: bah

[08/08/2016 00:37:24] <me>: q rocha

[08/08/2016 00:37:45] <me>: **mais ta bom prefiro assim q não arrisca sua liberdade**

[08/08/2016 00:38:13] <me>: assim nós não tamos babando na cama moscando

[08/08/2016 00:38:19] <me>: **assim vc tá na a ti a**

[08/08/2016 00:38:26] <me>: **ativa**

MARCIANO fazia parte de grupos de WhatsApp (registrado nos contatos de ELISEU como “Mt”, ou seja, abreviação de “Mutante”) tal como consta do celular de JEFERSON, segundo informações extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2421-2451**, onde constam LAUREANO (48 9820-8661), MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), PATRICK (48 9676-9436), JACIEL (48 9138-6805) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**) e onde os assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeros diálogos em vários dias de alguns meses revelam, era a tônica das conversas.

Também MARCIANO aparece nas conversas em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), JACIEL (48 9138-6805 e 48 9166-0864), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), ERLANDO (48 9191-0225) e ELISEU (48 9631-6142).

Inicia com MARCIANO questionando se no “*Galpão 1 tem radio ?*”, PATRICK dizer “*bom dia rapaziada*” e JACIEL perguntar “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tá bagunça ai na fol então*” e que “*tem varios mano na fol ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lab*” e JACIEL confirma “*pdc então pega radio lá fica lá*”.

Na sequência, JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON: “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fk nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**)

Da mesma forma em conversas extraídas daquele grupo, do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, MARCIANO avisa a todos no dia da eleição (02/10/2016): “*Rapazes*” “*tem que leva a parente do cabelo da contenção vota ela é deficiente*”, “*só vcs*” “*q tem carro leca*” “*leva*”.

Igualmente no mesmo grupo, no dia da operação (06/10/2016), ADRIANO MARIANO quem “*printa*” uma notícia sobre a operação (**fl. 2427**), depois de MARCIANO encaminhar mensagem para o grupo avisando: “*monte de Policia, 2 van e 4 moto da tático*”.

Também constam dos autos as mensagens encontradas no celular de PATRICK (**fls. 2490-2515**), além daqueles outros apreendidos e periciados, que demonstram PATRICK conversando com MARCIANO (48 9108-1471).

Em uma dessas conversas MARCIANO pergunta para PATRICK se o mesmo tem “bala” (o que tanto pode se referir a munições como entorpecentes). PATRICK então responde que “*tem como Isac*”:

[11/09/2016 01:40:42] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 01:41:11] <554891081471>: N era vc q ia pega na madrugada

[11/09/2016 02:53:30] <este aparelho>: N

[11/09/2016 04:00:25] <554891081471>: Tao

[11/09/2016 04:00:35] <554891081471>: Tem bala ai?

[11/09/2016 04:01:24] <este aparelho>: tem com o isac

E em outra, MARCIANO pede para PATRICK ficar no seu lugar naquele “turno”:

[14/09/2016 00:42:45] <554891081471>: Tao

[14/09/2016 00:42:58] <554891081471>: Tas na baia?

[14/09/2016 00:43:28] <554891081471>: Q horas é teu corre

[14/09/2016 00:43:28] <este aparelho>: Tô

[14/09/2016 00:43:31] <este aparelho>: Amanhã

[14/09/2016 00:43:35] <este aparelho>: 13:30

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Fmx

[14/09/2016 00:49:06] <este aparelho>: pq?

[14/09/2016 00:43:44] <554891081471>: Ia vê se VC guentava meu corre mas de boa

Adite-se que na residência ocupada por MARCIANO foram apreendidos 100 gramas de cocaína, 9 comprimidos de *ecstasy*, 1 rádio comunicador (utilizado pelos traficantes), além de um 1 balança de precisão, caderno contendo anotações do tráfico, e uma arma de fogo com dois carregadores de pistola e diversas munições (fls. 07 dos autos apensos 002115-70).

Segundo o Relatório de fl. 43 a 247, **RICHARD** foi identificado como o indivíduo que exercia a função de olheiro no turno da madrugada, enquanto a venda era exercida por ADRIANO ROSA.

Não foi possível, como já referido, captar imagens do mesmo durante o período noturno, como esclarecido nos depoimentos dos policiais, que no entanto realizaram diligências no local para descortinar a participação de RICHARD.

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que da 1 da manhã até as 7 da manhã eles ficavam na primeira rua; que nesse horário visualizou eles em 4 pontos; (...) que conseguiu identificar a pessoa de Pixa – Adriano Moreno da Rosa – **e o Richard que ficava na função de comunicador** e outro denominado de “Marquinhos” e mais outros que não foi possível identificar; que nesse horário, da 1 às 7, eles ficavam em dois pontos” (fl. 2021)

Não obstante, a participação de RICHARD no tráfico pode ser confirmada a partir das mensagens extraídas do celular de MARCIANO (conforme laudo pericial de **fls. 2757-2762** e CD anexo aos autos). Lá consta a seguinte mensagem, trocada entre MARCIANO e sua esposa, que confirma a associação para o tráfico de RICHARD no turno da madrugada:

[03/08/2016 01:16:33] <me>: mo

[03/08/2016 01:16:36] <me>: vai querer

[03/08/2016 01:16:40] <me>: comer algo

[03/08/2016 01:16:42] <me>: algo

[03/08/2016 01:19:41] <554891081471>: Já vou

[03/08/2016 01:19:52] <me>: ty amo

[03/08/2016 01:36:12] <554891081471>: ha vo t que fica dp novo o rixar não veio faz café amor bem gostoso

[03/08/2016 01:36:45] <me>: tá bom vida

MARCIANO, por ostentar a condição de foragido, trabalhava no mesmo turno que RICHARD, ou seja, de madrugada, o que corrobora aquela mensagem.

RICHARD, enfim, auxiliava grande parte dos demais acusados na venda de drogas no local. Isso fica absolutamente claro, insisto, pelo levantamento policial realizado, onde consta os horários pré-estabelecidos pelos traficantes, conforme **fls. 43 a 247**.

Conforme Relatório de **fl. 43 a 247**, **THIEGO** foi identificado como o indivíduo que exercia a função de contenção no primeiro turno da, ou seja, das 18 até as 1 hora, enquanto a venda seria exercida por JOILSON e THIAGO.

Não foi possível captar imagens nítidas do mesmo durante o período noturno, como esclarecido nos depoimentos dos policiais, que no entanto realizaram diligências no local para descortinar a participação de THIEGO.

“Que foi descoberto que o dia era dividido em 4 turnos; [...] que das 18 até as 1, eles usavam a primeira rua também; (...) que nesse período, era o que mais tinha pessoas envolvidas no comércio; que tinham dois que faziam a venda – Joilson e Thiago Azevedo – que esses dois eram responsáveis pela venda; que o Catraca e o Thiago Wilson eram responsáveis pela contenção; que Catraca é a pessoa de Erlando Júnior; que inclusive o Thiago Azevedo, teve um dia que ele tava fazendo a venda” (**fl. 2021**)

Assim, conforme consta às **fl. 155**, a partir de informações do colaborador os policiais lograram identificar THIEGO entre aqueles que realizavam a venda de drogas no período noturno.

É possível encontrar o número do celular de THIEGO nos contatos de JEFERSON e MARCIANO, conforme laudo pericial e CD anexo dos celulares dos mesmos. Trata-se do número 48 9139-8164.

Lá, mais especificamente no celular de JEFERSON, consta uma mensagem encaminhada pelo

próprio THIEGO para um grupo de *WhatsApp* do qual JEFERSON e PATRICK também fazem parte, onde aquele remete uma foto sua (conforme **fl. 148 do CD anexo do laudo de fls. 2421-2451**).

THIEGO (48 9139-8164) ainda fazia parte de um outro grupo de *WhatsApp* com os principais acusados (foi adicionado por JEFERSON), tal como consta do celular de JEFERSON, segundo informações extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2421-2451**, onde aparecem MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), JACIEL (48 9166-0864, 48 9156-6971 e 48 9138-6805), ERLANDO (48 9191-0125) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) e ZELI SANTANA (48 9638-3548) (**fls. 2427, 2431, 2433 e 2448**).

Embora esse grupo aparentemente trate de um jogo de video game *online*, MARIANO encaminha um video no dia 04/10/2016 às 22:55:54 onde é possível ver uma arma de fogo ao fundo, ou seja, um revólver.

Sem embargo, consta ainda do CD anexo ao laudo pericial do celular de JEFERSON conversas deste com THIEGO. Na primeira (de 30/09/2016) JEFERSON pede dinheiro referente a venda de *ecstasy*. E na seguinte THIEGO pede para JEFERSON providenciar 100 comprimidos de *ecstasy* (“rodas”, como é dito) para que seja realizada uma venda para um terceiro comprador. Acompanha aquela conversa, aliás, os áudios encaminhados pelos interlocutores (conforme **fl. 302 do CD anexo ao laudo pericial fls. 2421-2451**).

Consta ainda mensagem encaminhada por THIEGO no dia da operação (06/10/2016) para outro grupo de *WhatsApp* com os seguintes dizeres “*Casarão tá d boa*”, ou seja, se referindo a outro conhecido ponto de venda de drogas, a Rua Alvina Simas Reis, chamado de Casarão, isso após ser postado no grupo de mensagens uma notícia sobre a operação *Ragnarok* em andamento.

THIEGO, aliás, já foi preso por tráfico de entorpecentes na Comarca, isso no dia 24/12/2015, quando transportava juntamente com um terceiro, 28 comprimidos de *ecstasy* e 04 gramas de maconha. Isso lhe rendeu uma sentença condenatória nos autos 0000010-23.2016.8.24.0072, atualmente em grau de recurso.

ZELI não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247** e não aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

Mas está claro que ZELI exercia as funções no tráfico no turno da noite, quando havia grande movimentação de integrantes dos traficantes associados e dificuldade de realização de filmagens e monitoramentos.

E, de fato, a participação de ZELI no tráfico fica absolutamente clara nas mensagens encontradas em grupos de *WhatsApp* extraídas do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533** do celular de PATRICK.

É no celular de PATRICK que se encontram várias fotografias do próprio ZELI (o popular “*selfie*”) para PATRICK e outros grupos de *WhatsApp*, a exemplo daquelas de **fls. 372, 375, 441, 488, 501 e 571** CD anexo do laudo de **fls. 2516-2533** do celular de PATRICK.

Inexiste, por isso, mínima dúvida que ZELI SANTANA fazia uso do celular n. 48 9638-3548.

Assim, ZELI SANTANA (48 9638-3548) participa daquele grupo dos traficantes e conversa com MARCIANO (48 9108-1471), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595) ERLANDO (48 9191-0225), JACIEL (48 9138-6805 e posteriormente 48 9166-0864), PATRICK (48 9676-9436) e ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) (fls. 2427, 2431, 2433). Lá, são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes, conforme as inúmeros diálogos em vários dias revelam.

Assim, no dia 17/09, depois de JACIEL (com telefone 48 9138-6805) perguntar às 20:32:01 “*como tá aí*” e ADRIANO MARIANO responder “*tudo2*”, PATRICK encaminha uma mensagem para aquele grupo às 21:39:41 dizendo “*boa noite rapaziada*” (fls. 1090 CD anexo do laudo de fls. 2516-2533 do celular de PATRICK), ao que MARCIANO responde “*so VC faze eu ri*” “*Caatinga*”.

ZELI SANTANA então avisa à todos do grupo em mensagem às 21:49:16 daquele mesmo dia: “*não chego ninguém no galpão 2*”. E conforme bem esclarecido no Relatório de fl. 43 a 247, mais precisamente às fls. 52, e inúmeras referências nos depoimentos dos policiais, o “Galpão 2” era uma esquina da Rua Adriel de Menezes com a 3ª transversal, ou seja, um dos pontos de venda de drogas. ZELI então estava avisando a todos que naquele horários os traficantes encarregados ainda não haviam chego para o “trabalho”.

ADRIANO MARIANO então escreve “*I lobo*”, se referindo obviamente ao réu LAUREANO, conforme já exposto. E a conversa segue com mensagens de MARCIANO, JACIEL SENCA, JEFERSON MELLO e ADRIANO ROSA.

E ainda naquele mesmo grupo, ZELI posta uma foto de uma pistola com carregador e rádio comunicador, acompanhada de vários tipos de entorpecentes (como maconha e cocaína) e dinheiro naquele mesmo dia 17/09/2016, conforme fls. 1083 do CD anexo do laudo de fls. 2516-2533.

Às fls. 440 do CD anexo do laudo de fls. 2516-2533 do celular de PATRICK, ZELI encaminha para outro grupo no dia 01/09/2016 pelo menos 3 fotos portando uma pistola e escreve: “*9m*” “*vem q vem*”. ARTUR (48 9106-0796) então pergunta “*tá na biqueira*” e ZELI responde “*não to na biqueira*”. Ressalto que inexistente mínima dúvida que a foto do indivíduo com a arma se trata de ZELI, já que às fls. 441 do CD anexo do laudo de fls. 2516-2533, nas mensagens seguintes, o mesmo posta duas fotos suas com a mesma roupa daquele que aparece segurando a pistola.

E ZELI encaminhou para o grupo inúmeras fotos da planta de maconha (fls. 372, 373, 449 e 450 do CD anexo do laudo de fls. 2516-2533) que, durante a operação, seria apreendida em sua residência (fls. 13 dos autos apensos 2112-18). Lá o mesmo descreve como a planta estava crescendo e chega a dizer em determinada mensagem “*ESE vo da pro artur*”, se referindo ao réu ARTUR que responde “*só agradeço daki um mês vamo tá fumando camarão*”.

E o local da prisão de ZELI era um dos alvos das buscas, sendo que no momento da prisão foi encontrado na posse do mesmo vinte comprimidos de *ecstasy* que estavam escondidos no bolso da calça, segundo depoimento de fl. 06 dos autos apensos 2112-18, além de, dentro da residência, outro tipo de droga (além da planta de maconha): cocaína em três pacotes menores com 211 g, conforme termo de apreensão de fl. 13 daqueles mesmos autos apensos.

CLAUDINEI também não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**, e não aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

Porém, a participação de **CLAUDINEI** no tráfico fica absolutamente clara nas mensagens encontradas em grupos de *WhatsApp* extraídas dos laudos e CD anexos de **fls. 2452-2489**, ou seja, do celular de **JEFERSON**.

Lá constam várias fotografias de **CLAUDINEI** encaminhadas para o grupo de *WhatsApp* onde estavam os réus **ADRIANO MARIANO** (48 9117-9188), **MARCIANO** (48 9108-1471), **JEFERSON** (48 9682-4877 e 48 9109-4595), **LAUREANO** (48 9864-6581), **PATRICK** (48 9676-9436) **ERLANDO** (48 9191-0225), **ADRIANO ROSA** (48 9133-9278) **ELISEU** (48 9631-6142), **ZELI SANTANA** (48 9638-3548) e **JACIEL** (48 9166-0864 e 9138-6805), conforme **fls. 87 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489**.

As mesmas fotos, aliás, podem ser encontradas no CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2421-2451** (celular de **JACIEL**) e laudo pericial de **fls. 2490-2515** (celular de **PATRICK**).

De fato, as fotos foram encaminhadas ao grupo por **ELISEU** (48 9631-6142) no dia 04/10/2016 às 20:39, onde **CLAUDINEI** (cuja imagem pode ser conferida com aquela do interrogatório – **fls. 2218-2219**) aparece com um rádio comunicador.

E tendo em conta as provas encontradas na residência de **ELISEU**, em especial no sistema de câmeras instalado (laudo pericial de **fls. 2951-2957**), é possível afirmar que, tal como **VANDERLEI**, a foto de **CLAUDINEI** foi tirada na área externa da residência do denunciado **ELISEU**, conforme imagem juntada pelo Ministério Público às **fl. 3400**, ou seja, no corpo das alegações finais.

Isso, reitere-se, com o **CLAUDINEI** na posse um rádio comunicador, o qual utilizado pelos traficantes para se comunicar com os demais e monitorar a entrada de viaturas policiais no local – conforme reiterados depoimentos dos milicianos – **fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042** e áudios de **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**.

Assim, tal como **VANDERLEI**, parece claro que **CLAUDINEI** estava fazendo a segurança da residência daquele apontado pelas investigações como líder dos traficantes associados, ou seja, **ELISEU SENCA**.

Adito que possivelmente **CLAUDINEI** seja o contato encontrado naquele grupo de *WhatsApp* utilizado pelos traficantes que faz uso do celular n. 48 9628-7178 e que tem alcunha de “*Curita*” (como consta dos celulares de **JEFERSON** e **PATRICK**) ou “*XN*” (como consta dos celulares de **MARCIANO** e **JACIEL**).

A afirmação se lastreia na fotografia que consta dos contatos do celular de **MARCIANO** (**fls. 18 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2757-2762**) e **PATRICK** (**fls. 1046 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2490-2515**), assim como o áudio de **fls. 87 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2452-2489**, este encontrado no celular de **JEFERSON**, em comparação com as imagens do réu que constam do interrogatório de **fls. 2218-2219**.

HELTON concorria para o tráfico, na medida em que era o responsável pelas armas dos traficantes e realizar a contenção, isso até ser preso no dia 05/08/2016.

HELTON, como já referido, foi preso em flagrante em uma das duas ruas daquela mesma localidade Jardim Progresso (mais precisamente na Adriel de Menezes), no dia 05/08/2016 com uma pistola glock, calibre 9mm e carregador, além de rádios comunicadores, em circunstâncias bem delineadas nos autos 0001658-38.2016.8.24.0072, conforme **fls. 606-655**.

A declaração do policial Giuliano de **fls. 3175**, bem revela que naquele dia o acusado concorria para o tráfico de drogas, pois foi possível ouvir pelo rádio comunicador, também encontrado com o mesmo, outros criminosos pedindo apoio pois eram apenas dois policiais.

O depoimento do policial, destaque, corrobora aquele já prestado na fase policial por outro agente nos autos 0001658-38.2016.8.24.0072 (aqui juntado às **fl. 613**), onde o policial civil Jean referiu em seu depoimento: *“junto ao poste onde estava o conduzido quando o viram, encontraram um rádio tipo HT, para comunicação, que estava ligado e puderam escutar falarem “no quadrante, dois policiais, num gol branco, pegaram um irmão”*.

Reside aí, penso, uma demonstração clara da vinculação de HELTON com os traficantes locais desde antes de sua prisão e, registro, posteriores às gravações realizadas pelo colaborador. Enfim, HELTON concorria para o tráfico no local, seja realizando a contenção (circunstância em que restou flagrado e preso), seja providenciando armas para os demais traficantes.

HELTON, aliás, já fôra preso e condenado por tráfico muito antes, ou seja, em 11/03/2012, naquela mesma rua Adriel de Menezes. Trata-se, portanto, de indivíduo que há muito se dedica ao tráfico de drogas no mesmo local.

E com o apelido de “Toé”, mesmo após a prisão em 05/08/2016, HELTON manteve contatos telefônicos com os demais traficantes até o dia da operação.

Inicialmente com o celular de n. 47 9662-7306, conforme **fl. 87** do CD anexo ao laudo pericial do celular de JEFERSON de **fls. 2452-2489**, quando ADRIANO MARIANO (48 9117-9188) “printa” no grupo uma conversa com HELTON onde este escreve: *“Dae. Tão feio, toe aqui”*. E ELISEU (48 9631-6142) responde no grupo: *“tão gordo” “e ele mesmo” “falace com ele já ?”*. E ADRIANO MARIANO diz: *“to falando”*.

Depois, em 01/10/2016 com o n. 48 9133-9604, o qual os demais traficantes, especialmente ELISEU e JACIEL “pagaram” para o mesmo, conforme **fls. 78-79** do CD ao laudo pericial do celular usado por JACIEL de **fls. 2421-2451 e fls. 87-88** do CD anexo ao laudo pericial do celular de JEFERSON de **fls. 2452-2489**

De fato, a “compra” do celular (um “radinho” – como é chamado) para HELTON foi autorizada por ELISEU SENCA em 30/09/2016, expressamente no grupo de *WhatsApp*, pelo valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), assim:

[30/09/2016 09:49:23] <ADRIANO MARIANO>: to vendo se raidinho pra vende la pra ele fica na linha com nois

[30/09/2016 09:49:55] <ELISEU SENCA>: fmz tmj

[30/09/2016 09:50:05] <ELISEU SENCA>: manda abraço

[30/09/2016 09:50:38] <ADRIANO MARIANO>: fmx

[30/09/2016 09:50:49] <ADRIANO MARIANO>: 5 mil um raidinho lá dentro
(...)

[30/09/2016 09:51:13] <ADRIANO MARIANO>: 2500 metade

[30/09/2016 09:51:27] <ELISEU SENCA>: **da nada nosso firma e rica**

[30/09/2016 09:51:58] <ELISEU SENCA>: **vamo compra**

[30/09/2016 09:52:06] <ELISEU SENCA>: **sim**

[30/09/2016 09:52:34] <ELISEU SENCA>: **e o toe tá precisando**

[30/09/2016 09:52:36] <ELISEU SENCA>: não tem preço

De qualquer forma, como já referido, em 01/06/2016, ou seja, no dia seguinte, HELTON já estabelece contato com JACIEL (48 9166-0864) através do telefone n. 48 9133-9604, onde é salvo nos contatos desse com a letra “T”, ou seja, a inicial de “Toe”, e onde JACIEL, para assegurar que estava falando com HELTON, inicialmente o chama por seu outro apelido, qual seja, “G3” (apelido já referido no Relatório de **fls. 43-247**).

[01/10/2016 11:44:45] <JACIEL SENCA>: **G3 ai**

[01/10/2016 11:45:16] <T>: Daee

[01/10/2016 11:45:19] <T>: Feio

[01/10/2016 11:45:21] <T>: pw mano

Nessa mesma conversa, aliás, JACIEL assegura a HELTON que pagará à advogada do mesmo (aquela que defendeu HELTON nos autos 0001658-38.2016.8.24.0072, Dra. Cintia), o que bem demonstra o estreito vínculo de HELTON com os demais traficantes, especialmente aqueles (ELISEU, ADRIANO MARIANO e JACIEL) apontados como líderes dos associados ao tráfico.

E a função de HELTON no tráfico, como responsável pela aquisição das armas dos traficantes, fica evidente na conversa de JACIEL com LAUREANO, a qual pode ser encontrada às **fls. 17** do CD anexo ao laudo pericial do celular de LAUREANO de **fls. 2516-2533**. Lá, JACIEL faz referência à HELTON quando conversa com LAUREANO e fala do: “*Tiozinho q toe lansava máquina pra ele*”, ou seja, o terceiro de quem HELTON (Toé) comprava armas (“lançava máquina” – “máquina” = arma) dos traficantes associados.

Aliás, em outra conversa de HELTON com JACIEL (agora no dia 04/10/2016), este questiona ao último quem estava exercendo suas funções no grupo criminoso desde a prisão (“*quem ta fazendo a mão prati*”), ao que JACIEL responde: “*feio quem tá fazendo Lages. Ele único mas capacitado*”. “Lages”, aliás, aparece entre os contatos do celular de JACIEL e naquele grupo de WhattssApp dos traficantes, conforme **fls. 03** do CD ao laudo pericial do celular usado por JACIEL de **fls. 2421-2451**.

Na mesma conversa JACIEL ainda conta que “*Lobisome ta no fumo mas ele me deu uns preju no começo*”, obviamente se referindo ao réu LAUREANO, conhecido como “Lobo ou Lóbi”. E ainda comenta com HELTON que o “*corre de fumo ta fraco*”.

Ao final, HELTON avisa: “*so diz pra ele nem se apega*” “*q logo to ai*” “*e o lobo tabem*”, revelando assim a renitência em perpetrar o tráfico de entorpecentes e manter-se associado com os demais. Ao final, JACIEL diz: “*Importante nois ta vivo e unido*”.

Na tarde do mesmo dia (04/10/2016), porém, JACIEL manda uma mensagem para ELISEU questionando este e confirmando o apoio para HELTON, conforme **fls. 40** do CD anexo ao laudo pericial do celular de JACIEL de **fls. 2421-2451**:

[04/10/2016 19:07:23] <este aparelho>: **Feio falase pro Elton a eu não ia apoia ele la**

[04/10/2016 19:07:35] <este aparelho>: **Porra gostei monte**

[04/10/2016 19:07:39] <este aparelho>: **Ja com ele**

[04/10/2016 19:07:40] <este aparelho>: La

[04/10/2016 19:08:04] <este aparelho>: **Tela advogado esee radinho q ta indo tem parte minha tbm**

[04/10/2016 19:08:22] <este aparelho>: Nao sei q ta acontecendo

[04/10/2016 19:09:16] <este aparelho>: Dae falase pra ele q ru nao ia apoia ele e verdade isso feio

[04/10/2016 19:09:26] <este aparelho>: Nao to entendendo

Resta evidente, portanto, que até ser preso antes da operação Ragnarok, HELTON concorria para o tráfico, tanto que manteve o contato com aquele grupo para, tão logo posto em liberdade, voltar a auxiliá-los novamente.

Embora **MAYCON** não tenha sido identificado no Relatório de **fl. 43 e 247** e nas filmagens realizadas pelo colaborador, isso não eclipsa o fato de que, no dia da operação, foi flagrado concorrendo para o tráfico de entorpecentes, já que na posse de duas balanças de precisão, além de rádio comunicador.

MAYCON foi preso em flagrante no dia da Operação Ragnarock MAYCON, quando os policiais o flagraram com o rádio comunicador realizando a contenção na rua do Governo, oportunidade em que ele empreendeu fuga até ser preso também com duas balanças de precisão (termo de apreensão de **fls. 11 dos autos n.º 0002113-03.2016.8.24.0072**).

De fato, o miliciano que abordou MAYCON foi claro em destacar que encontrou com o denunciado um rádio comunicador (**fl. 2025**), ou seja, o mesmo instrumento utilizado pelos traficantes para se comunicar com os demais e monitorar a entrada de viaturas policiais no local - conforme reiterados depoimentos dos milicianos – **fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042** e áudios de **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**.

Não vejo no depoimento, adito, nenhuma mácula (nulidade aventada pela defesa) pelo fato de o policial ter lido durante o teste o relatório que constava do boletim de ocorrência de **fls. 03 dos autos apensos 0002113-03.2016.8.24.0072**.

Ademais, surpreende a tese defensiva posta só nas alegações finais de que o defensor não teve acesso àqueles autos apensos. No ponto, observo foi juntada procuração pelo defensor às **fls. 25-26 daquele processo apensado** e, há muito, o segredo de justiça foi retirado de todos os feitos

que, destaque, sempre estiveram apensados aos principais. Inusitado, por isso, que se avenge algum cerceamento de defesa.

Insisto, a apreensão das balanças e do rádio comunicador está devidamente demonstrada pelos depoimentos dos policiais na fase extrajudicial **fls. 5 e 6 dos autos apensos n.º 0002113-03.2016.8.24.0072**, devidamente corroborada em juízo (**fls. 2025**).

A situação de **DIVANI** é *sui generis*. Ele não foi identificado no Relatório de **fl. 43 e 247** e igualmente não aparece nas filmagens realizadas pelo colaborador.

Como já dito, não existem nos autos elementos bastantes para se afirmar que o DIVANI estava associado com os demais para o tráfico de entorpecentes.

Ainda que a casa onde DIVANI foi preso possivelmente fosse um dos alvos das buscas (rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 708 – chamado de “Galpão 1”), e lá tenha sido encontrada quantidade não irrelevante de entorpecentes (295 g de maconha), não é possível afirmar, extirpe de dúvidas, que o réu era o responsável por manter em depósito aquela droga em favor dos demais traficantes, ou seja, que a droga pertencia aos demais acusados, já que haviam outras casas no mesmo terreno.

Contudo, é evidente que DIVANI perpetrava o comércio espúrio de entorpecentes ao manter em depósito, na própria residência, aquela quantidade relevante de drogas. Inexistem informações, ressaltado, que também vendesse no local (o que realmente seria inusitado, uma vez que o bairro era dominado pelos outros traficantes).

De fato a autoria do crime resta cabalmente demonstrada nos autos pelos depoimentos reiterados dos policiais (**fls. 05-06 e 7 dos autos apensos 2110-48 e fls. 2001**), os quais confirmam que encontraram no armário da residência do réu um torrão de maconha pesando aproximadamente 295 gramas.

Cumprido afirmar que em se tratando de apreensão de tóxico em poder do agente, há, na maioria das vezes, uma tênue linha que divide o usuário do comerciante de drogas.

Para proceder-se a esta distinção, a própria lei penal tuteladora dessa natureza de delitos norteia a atuação dos operadores do direito, assentando o art. 28, § 2º da Lei n.º. 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.

No caso concreto, é ver-se primeiramente que as provas dos autos desvelam que o réu estava na posse da droga. Era o responsável pela droga naquela casa.

Em juízo (**fl. 73**), o réu afirmou que encontrou a droga roçando. Disse, inclusive, que foram seis pedaços, pensando aproximadamente três quilos. Confirmou que realizaria a venda do entorpecente para conseguir dinheiro. Contudo, afirmou que jogou uma parte da droga foi jogada no lixo pois estava molhada, sendo que sua sobrinha esqueceu o restante no armário.

A prova dos autos, contudo, é clara o suficiente para se certificar que DIVANI mantinha em depósito a droga para fins de comercialização.

Afasta-se, desse modo, a possibilidade de o denunciado ser mero usuário da substância apreendida. Sequer apetrechos para uso das drogas (como cigarros) foram encontrados. Aliás, em juízo o réu afirmou que não usava drogas há seis anos (fl. 2216-2217).

Impossível, então, a absolvição, já que as provas dos autos apontam insofismavelmente para o tráfico de entorpecentes promovido pelo acusado, sem aplicabilidade do aforismo *in dubio pro reo*.

Inviável, de outro lado, a redução da pena pela aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 reclamada por alguns dos denunciados.

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um 1/6 (sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O réu DIVANI não é primário, pois inclusive cumpria pena no PEC 0002736-04.2015.8.24.0072, uma condenação do Estado do Paraná, conforme o próprio declarou em juízo.

E MAYCON igualmente não faz jus à aplicação da causa de diminuição § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que, como já referido, a prova dos autos revelou que se dedicava à atividade criminosa, na medida em que foi flagrado no dia da operação também perpetrando o delito do art. 37 da Lei 11.343/06, além do tráfico de entorpecentes, ou seja, eventualmente associados com os demais traficantes.

Quanto aos demais (ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI, HELTON), como se verá, a reincidência de alguns ou a própria condenação pelo delito de integrar organização criminosa inviabilizam a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

E, por fim, em relação aos réus **EDGAR**, **JOILSON** e **ARTUR**, vênias ao entendimento do Ministério Público, e tal como já referido quando se tratou do crime de associação para o tráfico, os indícios existentes são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação dos denunciados pelo tráfico.

As conversas descortinadas nos celulares de JEFERSON e PATRICK e as fotos juntadas na fase investigativa não demonstram, extreme de dúvidas, que ARTUR perpetrava o tráfico de entorpecentes na localidade de Jardim Progresso. Aparentemente, como já referido quando se tratou do outro crime, ou traficava na localidade de Casarão ou comprava drogas dos traficantes da localidade de Jardim Progresso para revendê-las em festas eletrônicas na cidade.

Da mesma forma, a referência feita no relatório policial, sem qualquer imagem de JOILSON, e apenas o fato de ter o contato de e-mail no celular de outro envolvido e já falecido, não é prova suficiente para condenar o denunciado pelo tráfico.

No mais, o fato de ocupar a residência alvo da busca e os indicativos nas mensagens que traficava em outro local da Comarca, não permitem a condenação de EDGAR pelo tráfico de entorpecentes, tanto mais pela inexpressiva quantidade de drogas encontradas na residência do mesmo.

Crime de integrar organização criminosa

Como cediço, a existência de uma organização criminosa pressupõe a presença de (i) um grupo com estrutura organizacional não fortuita, formado por, no mínimo, quatro pessoas, (ii) a estabilidade temporal reconhecida dessa unidade criminosa, (iii) a atuação concertada, diga-se, aprimorada, além da (iv) finalidade para praticar infrações cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos e, finalmente, (v) a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou material.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

A propósito, decidiu recentemente o Eg. Tribunal de Justiça do Estado que, para o crime de integrar organização criminosa, *“pouco importa se alguns dos acusados não tenha praticado determinado crime, bastando aderirem ao propósito da organização mediante condutas que a promovam, sendo irrelevante a vontade individual de cada elemento para que o delito seja caracterizado”*. (TJSC. **Apelação Criminal n. 0012896-70.2017.8.24.0023. Capital. Rel. Desa. Salete Silva Sommariva. J. 07/08/2018.**)

Na espécie, estimo que as provas que constam dos autos permitem afirmar, sem qualquer dúvida, a existência daquela organização criminosa apontada na denúncia.

De fato, havia um grupo estruturado, com mais de quatro agentes, que se organizou há bastante tempo (conforme já exposto quando se tratou do crime de associação para o tráfico) para perpetrar especialmente os crimes de tráfico e associação para o tráfico nas ruas da localidade do Jardim Progresso, fazendo para tanto o uso de armas de fogo e usando dos préstimos de adolescentes.

Perpetravam, aliás, crimes de receptação (recebendo por vezes objetos de outros crimes como pagamento das drogas, além de outros artefatos, como armas e coletes, estes inclusive apreendidos no dia da operação) e mesmo posse e porte ilegal de arma de fogo para o desenvolvimento dos propósitos da organização delitiva.

No ponto, principio insistindo naqueles exemplos da dominação do local pelos criminosos, tal como externado na decisão de **fls. 249-280**:

“Não fosse público e notório na Comarca, cito outros dois singelos exemplos da ousadia dos traficantes.

No início deste ano (2016) foi colocada uma faixa amarela na entrada do bairro Jardim Progresso com os seguintes dizeres: “Atenção. É proibido roubar e trazer roubo. Grato STR”. (disponível em <http://clubei.com/noticias/43821/>). Pretendem os criminosos, claro, que a Polícia Militar não tenha razões para a

ingressar no local, já que a cada incursão o comércio de entorpecentes é, ainda que momentaneamente, suspenso. Isso fica evidente pelos áudios juntados em CD anexo aos autos.

Mais recentemente, contudo, desavisadamente policiais militares de Blumenau (aparentemente a paisana) ingressaram no loteamento Sem Terra buscando um foragido que lá estaria homiziado. O resultado foi um quase confronto, onde os milicianos foram cercados por cinco indivíduos armados. Lograram fuga só depois de pedir reforços para Polícia Militar de Tijucas (disponível em <http://www.vipsocial.com.br/noticia-detalle/19472/policiais-de-blumenau-sao-surpreendidos-por-bandidos-no-jardim-progresso>)”.

O relatório de **fls. 43-247**, feito com base no levantamento realizado pelos policiais que prestaram depoimentos (**fls. 2042, 1999, 2021 e 2024**), além das imagens fornecidas aos milicianos por um cidadão (**fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**), bem revelou parte dos integrantes da organização criminosa, além dos respectivos pontos de vendas de drogas e horários de “trabalho” de cada um.

A testemunha Eder, policial militar, destacou que “*em sua experiência profissional, nunca tinha visto nada tão organizado como viu no local dos fatos; Que lá percebeu que eles se dividiam em Setor 1 e Setor 2; Que tinham olheiros que avisavam o pessoal da entrada não só de policiais, mas de qualquer pessoa que adentrasse no bairro, pra evitar a surpresa para os criminosos; Que nesse momento, pediu para uma viatura entrar no local; Que constatou que a viatura da Polícia era chamada de “empilhadeira”; Que os veículos normais são “carga”, moto “meia carga”, e veículos pesados “carga pesada”; Que o drone eles chamavam de “pequeno pássaro branco”, bem como consignou “que já trabalhei como subcomandante da região continental de Florianópolis, hoje é um batalhão, lá abriga Chico Mendes, Vila Aparecida, Morro da Caixa, há uma intensa atividade criminosa, mas nada tão organizada quanto eu vi ali” (fl. 2042).*

Também o policial Eduardo referiu que “*estava na equipe que recebeu a denúncia, desde o começo, e finalizou ali na operação; Que faz parte do 12º Batalhão que engloba Tijucas até a Camboriú e Balneário e até Major Gercino; (...) Que nessa operação aí, iniciou quando recebeu denúncias de que o crime organizado estava instalado no Sem Terra; Que o pessoal tinha o controle das duas ruas de entrada onde ninguém entrava ali sem ser identificado; Que através de rádio comunicação, eles tinham segurança para fazer o comércio de entorpecente ali na região; Que eles andavam com arma longa pra fazer a abordagem em veículo suspeito; Que diante dessas informações, sua equipe fez uma incursão no Sem Terra onde foi visualizado alguns dos masculinos fazendo comércio e certa movimentação de veículo, visualizando, também nesta oportunidade, um masculino portando uma arma longa calibre .12; Que num primeiro momento, foi tentado uma abordagem, mas não se obteve êxito, pois eles correram” (fl. 1999).*

Igualmente o policial Jociel relatou que “*no final de maio, a polícia militar recebeu uma denúncia de uma pessoa que informou que além das informações que possuía, “eles” estavam se organizando de uma maneira que estavam vendendo droga em via pública; que eles tinham pontos de olheiros; que eles tinham rádio comunicador; que eles faziam essa venda em via pública; que além de tudo isso, usando armas de fogo em via, ostensivamente, inclusive com arma longa; que isso chamou a atenção, pois tal fato não é corriqueiro no Estado; que diante dessa informação, no meio de maio, foi com uma guarnição até Tijucas e fizeram uma incursão no loteamento Jardim Progresso Sem Terra; que durante a incursão conseguiu visualizar alguns masculinos que estavam ali reunidos; que via*

um fluxo de carros e de pessoas; que também viu um masculino armado com uma arma calibre.12; que tentou fazer a abordagem mas não conseguiu, devido a dificuldade de percorrer a área; que não conseguiu fazer a abordagem e eles se evadiram; que passou essa informação para o seu superior; que então foi decidido que seria dado uma resposta aos cidadãos de bem daquela área” (fl. 2021).

E o policial Elves esclareceu que *“foi até ao local realizar incursões após receber denúncias; Que chegando lá visualizou o comércio livre de entorpecentes no meio da rua; Que inclusive um dos masculinos estava com uma calibre .12 ostensivamente andando na rua; Que neste primeiro momento, não foi possível realizar a abordagem em virtude da distância, mas conseguiu constatar o fato do que realmente acontecia na localidade e confirmar as denúncias recebidas; Que diante disso foi informado ao comando do batalhão a situação”.* (fl. 2024).

Adite-se que alguns dos denunciados inclusive expunham em conhecida rede social (Facebook) a sigla daquela organização criminosa, ou seja, STR (abreviação de **S**em **T**erra – como é vulgarmente conhecida a localidade de Jardim Progresso, já que sua história remonta a uma invasão de terras).

Assim, consta a fotografia de ADRIANO MARIANO extraída daquela rede social com um pingente e aquelas iniciais (fls. 57 e fls. 28, este dos autos apensos 900100-06).

Também no celular de JEFERSON é possível ver fotos de armas e drogas sintéticas, estas últimas dispostas em uma mesa com a sigla “ST”, em clara referência à organização criminosa “**S**em **T**erra” (fls. 2463-2465).

Da mesma forma são encontradas fotos de armas com LAUREANO, e a mesma sigla da organização criminosa (“STR”) no papel de parede de seu celular (conforme laudo pericial de fls. 2524).

Assim também as imagens de drogas dispostas fazendo a siglas “ST”, rádio comunicador, munições, armas (especialmente pistolas) e dinheiro podem ser encontradas no celular de PATRICK (fls. 2490-2515).

Por fim, em diversos pontos das ruas da localidade Jardim Progresso, conforme levantamento policial de fls. 58, já era possível encontrar pixações com aquelas iniciais “STR”, onde os traficantes organizados marcavam seu território e domínio.

E tudo o que já se analisou em relação aos crimes de tráfico e associação para o tráfico bem demonstra a estrutura organizacional permanente criada pelos criminosos, isso para permitir (como de fato permitiu) que o comércio de drogas fosse praticado por mais de ano naquela localidade.

O Relatório de fls. 43-247 bem demonstrou a existência de turnos de “trabalho” dos integrantes da organização criminosa, além da divisão territorial do espaço onde atuavam, bem como das funções desempenhadas por cada um no comércio proscrito, como a atividade dos que ficam com as drogas, os que pesavam e vendiam, os que realizavam a segurança com armas e os que ficavam na vigilância com rádios comunicadores. Tudo isso, evidente, além daqueles líderes responsáveis pela distribuição das tarefas, aquisição de armas e drogas para comercialização.

Destaco que aquelas impressões do referido relatório ainda estão lastreadas em outras provas

produzidas mesmo antes da operação Ragnarok, como os vídeos de **fls. fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde fica evidente, na prática, como a organização criminosa fazia funcionar o tráfico de entorpecentes nas ruas da localidade de Jardim Progresso, em diversos horários.

Não fosse o bastante, as perícias realizadas nos diversos aparelhos celulares apreendidos ainda revelou, como já exposto quando se tratou dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, todo o desembaraço dos integrantes na movimentação do comércio de drogas no local, assim como deixou exposta a participação dos seus integrantes e, com esta, prova cabal da autoria do crime.

Inexistem dúvidas, enfim, de que **ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI e HELTON** integravam uma organização criminosa instalada há muito localidade de Jardim Progresso e que tinha no tráfico de entorpecentes seu principal propósito de atuação.

Reside aí, penso, a demonstração clara do preenchimento dos dois primeiros requisitos: o número de agentes associados de maneira não fortuita e a estabilidade temporal daquela unidade criminosa.

Observo ainda, especialmente do Relatório de **fl. 43 a 247**, dos depoimentos dos policiais militares (com destaque para os testigos de **fls. 199, 2021, 2024 e 2042**) e de todo o material encontrado nas perícias dos celulares, principalmente as conversas dos grupos de WhatsApp, que a prova dos autos revela claramente uma atuação planejada daquele grupo criminoso. Era uma rotina criada para permitir (como permitiu durante muito tempo) a prática do tráfico de entorpecentes, vinte e quatro por horas de todos os dias da semana, nas ruas da localidade do Jardim Progresso.

É possível citar ainda, a partir da prova extraída dos autos, dois exemplos do destemor dos criminosos que integram aquela organização criminosa, e que também revelam o destaque que pode ser atribuído àquela unidade delitiva (ou ao menos sua pretensão de expansão) para interferir diretamente na rotina daquela comunidade (não fosse o já aventado embaraço para prestação de serviços públicos no local, como Correio, SAMU, diligências de Conselheiros Tutelares e Oficiais de Justiça).

Primeiro, é a mensagem encaminhada ao grupo de WhatsApp dos criminosos por ADRIANO MARIANO no dia 18/09/2016 (conforme **fls. 1093 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2490-2515**), quando o mesmo expõe à todos os nomes dos policiais militares que estariam de serviço naquele dia:

[18/09/2016 18:03:30] <Mariano>: Boa tarde! Alguém sabe dizer quem está de de serviço agora?

[18/09/2016 18:03:31] <Mariano>: Sgt Jardel/machado

[18/09/2016 18:03:32] <Mariano>: ibino e moreira

[18/09/2016 18:03:32] <Mariano>: Bento e Tiago

[18/09/2016 18:03:33] <Mariano>: Ribeiro

Não surpreende, por isso, que o mesmo ADRIANO MARIANO, como já exposto, no dia da operação Ragnarok (06/10/2016) e poucas horas antes do início da “invasão” pela força pública,

“printou” uma notícia no mesmo grupo de WhatsApp, antecipando a ação policiais para os demais (fl. 2427), o que inviabilizou a prisão de todos, especialmente ADRIANO MARIANO, ELISEU SENCA e JACIEL SENCA, ou seja, os líderes.

A mensagem continha o seguinte conteúdo:

“A mãe dos filhos do marido da minha prima é policial em mp
Aí ela ligou pra minha prima avisando
Que quem mora pro aqui perto do sem terra é pra deixar tudo fechado
Por que depois do meio dia a policia vai invadir ali”

Outro exemplo, é uma conversa encontrada pela perícia no celular de JACIEL (48 9166-0864) (fls. 38 do CD anexo ao laudo pericial de fls. laudo de fl. 2433 do aparelho apreendido na casa de ELISEU) com seu irmão ELISEU (48 9631-6142) acerca da candidatura da esposa do segundo (Josiani da Silva) ao cargo de vereadora (Jô das Marmitas - PRP - já que em 2016 foram realizadas eleições municipais).

Lá, JACIEL questiona a ELISEU:

[02/10/2016 19:39:18] <48 9166-0864>: **E candidata ai** que q deu

E na sequência JACIEL pergunta se deveriam procurar os então candidatos à Prefeito e Vice Prefeito, Elói Mariano e Adalto Gomes, recebendo resposta afirmativa de ELISEU:

[02/10/2016 19:41:06] <48 9166-0864>: Mas já podemos encomoda **o Adalto eloi**

[02/10/2016 19:41:08] <48 9166-0864>: Neh

[02/10/2016 19:41:30] <Lizel>: Novas

Destaco que Elói Mariano e Adalto Gomes são os atuais dirigentes municipais e que não existe nos autos qualquer indício que efetivamente tenham sido procurados pelos denunciados ELISEU ou JACIEL, antes ou depois do dia da operação.

Contudo, parece claro da mensagem que, inexistindo dúvidas nos autos de que os irmãos SENCA, que eram dois dos três líderes daquela organização criminosa instalada naquela localidade, pretendiam, ainda que no pretexto da candidatura da esposa de ELISEU, uma aproximação com aqueles políticos que disputavam os mais elevados cargos municipais.

Nesse sentido e também por tudo o que já demonstrou acerca das provas dos autos em relação ao crime de associação para o tráfico (além das inúmeras outras conversas que constam especialmente daquele grupo de WhatsApp dos criminosos), é que se pode afirmar extreme de dúvidas que estão preenchidos os outros três requisitos legais para a caracterização do crime de organização criminosa, pois fica evidente dos autos que os denunciados ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI e HELTON

atuavam coordenadamente para, juntos, comercializarem diversos tipos de entorpecentes nas ruas da localidade do Jardim Progresso, a fim de obter, com esse comércio proscrito de drogas, um benefício econômico, representado pelo dinheiro proveniente da venda dos entorpecentes.

Já em relação aos réus **DIVANI, MAYCON, EDGAR, JOILSON e ARTUR**, vênias ao entendimento do Ministério Público, e tal como já referido quando se tratou do crime de associação para o tráfico, os indícios existentes, são frágeis e impossíveis de ensejar a condenação dos denunciados pelo delito de integrar a organização criminosa.

De fato, não existem nos autos elementos bastantes para se afirmar que o **DIVANI** integrava aquela organização criminosa com os demais, tal como se sustentou na análise do crime de associação para o tráfico.

Particularmente à **MAYCON**, a prova encartada aos autos, como se viu, não permite a condenação pela associação para o tráfico, embora os elementos probatórios coligidos sejam suficientes para demonstrar que o mesmo tanto praticava o tráfico de entorpecentes (já que flagrado na posse de duas balanças de precisão no dia da operação), como auxiliava os traficantes, naquele preciso dia da prisão, realizando a contenção com o rádio comunicador.

Inexiste, por isso, demonstração segura que **MAYCON** integrasse aquele grupo associado que tinha no tráfico de entorpecentes praticado nas ruas da localidade de Jardim Progresso o mote e razão de existência. Isso porque, à míngua de outros elementos, não é possível ter certeza se **MAYCON** ou já fazia parte há algum tempo daquele grupo, ou passou a “trabalhar” no mesmo dia em foi preso, uma vez que sequer consta do relatório prévio à operação referências ao nome do mesmo.

E novamente as conversas encontradas nos celulares de **JEFERSON** e **PATRICK** e as fotos juntadas na fase investigativa não relevam com a certeza necessária que **ARTUR** integrava aquela organização criminosa.

Também a referência feita no relatório policial, sem filmagens de **JOILSON**, não é prova suficiente que o mesmo integrasse aquele grupo criminoso.

E mesmo o fato de ocupar uma das residências alvo da busca, além dos indicativos nas mensagens que perpetrava o tráfico na localidade de Casarão, não permite a condenação de **EDGAR** pelo delito de integrar a organização criminosa referida na denúncia.

Em relação às causas de aumento e agravante referidas na denúncia, observo que tratam das hipóteses dos § 2º (para todos), § 3º (para **ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO e HELTON**) e § 4º, incs. IV e VI, todos da Lei 12.850/13 (para todos):

§ 2º As penas aumentam-se até a metade **se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.**

§ 3º A pena é agravada para **quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.**

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - **se há participação de criança ou adolescente;**

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

Inicialmente quanto ao emprego de armas na atuação da organização criminosa, bem como a participação de adolescentes, esta resta evidente dos autos.

Aqui, basta referência às inúmeras fotografias de armas de fogo e munições (de diversos tipos e calibres) que aparecem ostentadas por alguns dos denunciados (exemplificando-se com LAUREANO - conforme laudo pericial de **fls. 2524** e THIAGO - CD anexo ao laudo de **fls. 2381-2400**, além de ZELI, MARCIANO, ELISEU e JACIEL como já exposto) e que constam dos CD anexos aos laudos periciais dos celulares apreendidos e periciados (como já referido).

Também aquele armamento apreendido no dia da operação (ou mesmo antes, como no caso de HELTON – autos 0001658-38.2016.8.24.0072, como já referido), é demonstração clara que os traficantes organizados promoviam a intimidação coletiva pelo uso ostensivo de armas de fogo, inclusive em via pública e durante os turnos de venda de drogas.

Igualmente os inúmeros depoimentos dos policiais colhidos durante a instrução processual já demonstram que o emprego de armas de fogo pelos traficantes associados no bairro, inclusive com a própria designação de indivíduos para aquela função (chamados de “contenção”), eram a tônica da intimidação coletiva empregada para a manutenção da venda de drogas na localidade.

Assim, o policial Eduardo referiu que *“eles andavam com arma longa pra fazer a abordagem em veículo suspeito; Que diante dessas informações, sua equipe fez uma incursão no Sem Terra onde foi visualizado alguns dos masculinos fazendo comércio e certa movimentação de veículo, visualizando, também nesta oportunidade, um masculino portando uma arma longa calibre .12”*. (fl. 1999).

No mesmo sentido, o policial Jociel relatou que *“eles tinham pontos de olheiros; que eles tinham rádio comunicador; que eles faziam essa venda em via pública; que além de tudo isso, usando armas de fogo em via, ostensivamente, inclusive com arma longa; que isso chamou a atenção, pois tal fato não é corriqueiro no Estado; que diante dessa informação, no meio de maio, foi com uma guarnição até Tijucas e fizeram uma incursão no loteamento Jardim Progresso Sem Terra; que durante a incursão conseguiu visualizar alguns masculinos que estavam ali reunidos; que via um fluxo de carros e de pessoas; que também viu um masculino armado com uma arma calibre.12”* (fl. 2021).

E o policial Elves destacou que *“chegando lá visualizou o comércio livre de entorpecentes no meio da rua; Que inclusive um dos masculinos estava com uma calibre .12 ostensivamente andando na rua”*. (fl. 2024).

Também a referência já feita (quando se tratou do crime de associação) aos inúmeros diálogos flagrados entre os traficantes nos grupos de WhatsApp, onde a menção ao emprego de armas era rotineira, especialmente quando tratavam da “contenção” nos locais de venda de drogas.

Consta a conversa dos traficantes organizados sobre uma troca de tiros no período da tarde entre os mesmo e os policiais, conforme mensagens de MARCIANO, JACIEL SENCA, ERLANDO, JEFERSON e ADRIANO MARIANO (CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2490-2515 – fls. 1086-1087**).

Às **fl. 2469** quando JEFERSON avisa a todos que acabou a venda de maconha (*“tão, cabo*

fumo”), e esclarece, ao ser questionado por JACIEL sobre revolver calibre 38, que o mesmo estaria com LAUREANO (“Lobo”).

PATRICK (48 9667-9436) fala com ARTUR (48 9106-0796), solicitando ajuda para realizarem dois ataques com tiros e gasolina, já que *“eles não querem apoiar a Glock pra mim”*, se referindo a autorização dos demais traficantes para usar as armas da organização (fl. 2506).

Na conversa encontrada no celular de THIAGO (48 9864-6581), conforme CD anexo ao laudo de fls. 2381-2400, onde depois de JEFERSON (48 9682-4877) postar uma foto de uma arma calibre 12 e uma pistola, ARTUR comentar *“putz Glock 12 e uma 9mm”*, ao que JEFERSON responde: *“é o poder”*.

Nas fls. 440 do CD anexo do laudo de fls. 2516-2533 do celular de PATRICK, quando ZELI encaminha para outro grupo no dia 01/09/2016 pelo menos 3 fotos portando uma pistola e escreve: *“9m” “vem q vem”*.

E outros exemplos do uso de armas pelos traficantes ainda podem ser citados: a prisão de ERLANDO nos autos 0000520-02.2017.8.24.0072, mesmo depois da operação, quando trocou tiros com policiais e assim foi denunciado pela tentativa de homicídio, tráfico e corrupção de menores.

E as imagens de fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06, onde é possível ver o denunciado JACIEL no vídeo do dia 14/07/2016 trazendo consigo uma grande quantidade de entorpecentes que foi entregue ao réu JEFERSON para distribuição nos pontos de venda de drogas da localidade de Jardim Progresso.

Naquela ocasião é possível ver JACIEL negociar munições que trazia consigo com a pessoa que filma. O denunciado diz que *“bala de fuzil é cara né, cada tiro tem que ser pensado (...) que ainda tem bastante bala de fuzil... (ter tem”, mas não tá aí né, tem 100 bala com ele (...) de 12 nós tem bastante (...) 50 bala vai dar 500 pila (...) vai lá então e traz a caixa pra nós, pra nós começar “pá” (...) que na real de 9 nós “temo” um monte (...) se tiver de 45 traz aí que nós compra”*.

Vale ainda referência às mensagens de JACIEL comentando acerca da negociação da compra de fuzis para a organização criminosa (fls. 67 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2421-2451).

[01/10/2016 10:53:22] <este aparelho>: Salve Noma

[01/10/2016 10:53:36] <este aparelho>: Tudo certo

[01/10/2016 10:53:46] <este aparelho>: **Aquele bicho la mentirosao**

[01/10/2016 10:53:51] <este aparelho>: Neh feio

[01/10/2016 11:18:20] <Compadre>: Salve noma

[01/10/2016 11:18:40] <Compadre>: Nao sei feio oque deu no brik?

[01/10/2016 11:18:46] <Compadre>: **Nao tinha pora nem uma**

[01/10/2016 11:18:54] <Compadre>: ?

[01/10/2016 11:31:20] <Compadre>: ?

- [01/10/2016 11:42:38] <este aparelho>: Kkk
- [01/10/2016 11:43:06] <este aparelho>: Ele disse q ia em itapema paga em uma hora tava de volta
- [01/10/2016 11:43:18] <este aparelho>: E até agora nada
- [01/10/2016 11:43:42] <este aparelho>: Será q não tinha tudo com medo de levar la pra nois
- [01/10/2016 11:46:37] <Compadre>: Bah e agora feio vai sabe
- [01/10/2016 11:46:48] <este aparelho>: Acho q mentira neh
- [01/10/2016 11:46:56] <Compadre>: Ele dexo o contato
- [01/10/2016 11:46:59] <Compadre>: Aha
- [01/10/2016 11:47:24] <este aparelho>: Eu ligo do salve da e waths disse q ele não tava q era mulher dele quando chegasse avisa
- [01/10/2016 11:47:30] <este aparelho>: Avisava
- [02/10/2016 11:06:54] <este aparelho>: Bom dia
- [02/10/2016 11:07:09] <este aparelho>: Falasse com Júnior depressão
- [02/10/2016 11:19:52] <Compadre>: Falei ele vem hoje leva uma ideia no pessoal noma
- [02/10/2016 11:20:02] **<Compadre>: Mais ta na mao a caminhada dis ele**
- [02/10/2016 11:21:02] <Compadre>: E pq o papagaio que fecha comigo feio da na mesma que vai se pra nois mais os cara sao assim mais ta tranquilo se ele lança os dois vamo fica com os dois
- [02/10/2016 11:23:28] <este aparelho>: Novas so apoio
- [02/10/2016 11:24:00] <este aparelho>: Do ligado q a pra nois dois mesmo das bicho
- [02/10/2016 11:24:27] <este aparelho>: Vas fala com ele hoje
- [02/10/2016 11:24:30] <este aparelho>: Então
- [02/10/2016 11:24:36] <este aparelho>: Tomara q saia real neh
- [02/10/2016 14:48:52] <este aparelho>: Taum
- [02/10/2016 14:48:56] <este aparelho>: Chefe
- [02/10/2016 14:49:29] <Compadre>: Tao salve chefia
- [02/10/2016 14:49:39] **<este aparelho>: E cara la bico**
- [02/10/2016 14:49:51] **<este aparelho>: So k. O**
- [02/10/2016 14:50:19] <Compadre>: Ta vindo aqui fala comigo agora noma
- [02/10/2016 14:50:25] <Compadre>: Vamo ve oque vai da
- [02/10/2016 14:50:31] <este aparelho>: Já.mando foto aqui pra mim
- [02/10/2016 14:50:37] <este aparelho>: (#Sem Texto)
- Anexo: IMG-20161002-WA0042.Jpg (foto de um fuzil)**
- [02/10/2016 14:50:45] <Compadre>: Manda ai pra mi.
- [02/10/2016 14:50:47] <este aparelho>: Mas parece e internet

[02/10/2016 14:51:07] <Compadre>: Aha parece mesmo
[02/10/2016 14:51:23] <este aparelho>: Ele q não venha menti
[02/10/2016 14:51:31] <este aparelho>: Kkk
[02/10/2016 14:51:41] <Compadre>: Dexa
[02/10/2016 14:51:48] <Compadre>: Vamo ve feio ele ta vindo ai
[02/10/2016 14:51:55] <Compadre>: Kkk
[02/10/2016 14:51:57] <este aparelho>: Clr me da salve sms coisa
[02/10/2016 14:53:05] <Compadre>: Fmz
[02/10/2016 17:07:25] <este aparelho>: E ai
[02/10/2016 17:07:29] <este aparelho>: Cara chego ai
[02/10/2016 17:07:34] <este aparelho>: Qual q é
[02/10/2016 17:21:38] <Compadre>: Chego dis que trais um amanha vamo espera
[02/10/2016 17:21:51] <Compadre>: Mais acho que e k.o feio
[02/10/2016 17:36:47] <este aparelho>: Kkk se tivesse ali na mão mesmo ele já buscava
[02/10/2016 17:36:56] <este aparelho>: Mas nois não perde nada mesmo
[02/10/2016 18:06:08] <Compadre>: Novas ele que vai passa vergonha
[02/10/2016 18:06:32] <este aparelho>: Não da pra acredita
[02/10/2016 18:06:37] <este aparelho>: Tá muito fácil
[02/10/2016 18:06:41] <este aparelho>: Dois ak
[02/10/2016 18:06:49] <este aparelho>: Me manda foto de internet
[02/10/2016 18:06:56] <Compadre>: Kkkkkk
[02/10/2016 18:06:58] <Compadre>: Vdd
[02/10/2016 18:07:14] <este aparelho>: Q vo pergunta de foto q mando e do bico
[02/10/2016 18:07:16] <este aparelho>: Kkk
[02/10/2016 18:07:25] <este aparelho>: Se ele dizer q porq mentira

Compra, aliás, que também foi objeto de conversa com MARCIANO (“Mt”) (fls. 85 pericial de fls. 2421-2451) e referida com JEFERSON (“Jeff”) (fls. 67 do CD anexo ao laudo pericial de fls. 2421-2451):

[02/10/2016 23:16:15] <este aparelho>: Tas aonde
[02/10/2016 23:16:36] <Jeff>: Cotenção
[02/10/2016 23:16:57] <este aparelho>: Na de cima
[02/10/2016 23:17:03] <Jeff>: Aham
[02/10/2016 23:17:16] <este aparelho>: O feio não tem hb20 branco ai

[02/10/2016 23:17:22] <este aparelho>: Dentro

[02/10/2016 23:17:39] <Jeff>: Já saiu

[02/10/2016 23:18:05] <este aparelho>: Era pros cara lansa 1g pra ele q neguinho pediu

[02/10/2016 23:18:14] <este aparelho>: Cara foi la eles não deram

[02/10/2016 23:18:23] <este aparelho>: Dia que tiraram pra nada ainda

[02/10/2016 23:18:35] **<este aparelho>: Cara q nois tava comprando fuzil**

[04/10/2016 08:32:28] <este aparelho>: Bom dia mano

[04/10/2016 08:32:38] <este aparelho>: Como vai essa força

[04/10/2016 08:37:46] <Mt>: Firmão

[04/10/2016 08:38:06] **<este aparelho>: Novas cara mentiu do fuzil**

[04/10/2016 08:38:21] <Mt>: Será

[04/10/2016 08:38:30] <este aparelho>: Mentiroso pra que fala q tem se não tem neh

[04/10/2016 08:38:47] <Mt>: Vdd

[04/10/2016 08:38:49] **<este aparelho>: Feio ele tá enrolando monte se ele falo pra mim q tava em itapema**

[04/10/2016 08:38:56] <este aparelho>: Ali perto era só pega

[04/10/2016 08:39:20] <este aparelho>: Agora ta esperando cara q ta vindo la de Curitiba com chave do moco

[04/10/2016 08:39:29] <este aparelho>: Olha ladaia me fala

[04/10/2016 08:39:51] <Mt>: Kk

[04/10/2016 08:48:26] <este aparelho>: Otário neh

[04/10/2016 18:45:13] <Mt>:

[04/10/2016 18:46:30] <este aparelho>: Feio

[04/10/2016 18:46:35] <este aparelho>: Zamba teve

[04/10/2016 18:46:37] <este aparelho>: Ai

[04/10/2016 18:46:45] <este aparelho>: Não tens contato dele pra mim

[04/10/2016 19:34:42] <Mt>: (**#Sem Texto**)

Anexo: An_wxzd8nVaKGA_RSX7d0iz8JQiwa0DPF8XfUBfldcVc.enc (**#Não Encontrado**)

[04/10/2016 19:47:15] <este aparelho>: Tas mas ideia com ele

[04/10/2016 19:47:26] <este aparelho>: Me passa número dele

[04/10/2016 19:47:29] <este aparelho>: Ai então

[04/10/2016 19:48:01] <Mt>: (**#Sem Texto**)

Anexo: AjLey3ONhA6_d6dbtdRgl174Y6Tp_fYRTry_cwQ589-7.enc (**#Não Encontrado**)

[04/10/2016 19:48:22] <este aparelho>: Frmz

[04/10/2016 19:49:17] <Mt>: 96264129

[04/10/2016 19:50:08] <este aparelho>: Nois

Também uma conversa de JACIEL com um indivíduo com alcunha “Branco”, onde o mesmo encaminha uma foto com dois fuzis (aparentemente “AK-47”), conforme **fls. 87** do CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2421-2451**.

[04/10/2016 15:20:43] <este aparelho>: Cara lansa fumo e fica atrás do cara toda hora do tem q lansa bera negócio com mano assim não da

[04/10/2016 15:20:49] <este aparelho>: Das vai la lizel

[04/10/2016 15:20:54] <este aparelho>: Negócio meu dele

[04/10/2016 15:20:57] <este aparelho>: Vai vendo

[04/10/2016 15:21:05] <Branco>: (#Sem Texto)

Anexo: AsU_zz-GFXuXaXxlnKx7BeHAihM4llyJdd0S79UKAw_J.enc

[04/10/2016 15:21:20] <este aparelho>: **Que baitao**

[04/10/2016 15:21:23] <este aparelho>: De quem e

[04/10/2016 15:21:27] <este aparelho>: Isso ai

[04/10/2016 15:21:57] <este aparelho>: Bah coisarada

[04/10/2016 15:21:58] <Branco>: **Vai desse 42 mil cada**

[04/10/2016 15:21:59] <este aparelho>: Neh

[04/10/2016 15:22:29] <este aparelho>: **Poxa um desce na nossa mao**

[04/10/2016 15:22:31] <este aparelho>: Era ouro

[04/10/2016 15:22:37] <este aparelho>: **Dois melhor ainda**

[04/10/2016 15:22:58] <Branco>: Baa os dois ne logo logo

[04/10/2016 15:23:19] <este aparelho>: **Bah um pelo menos tinha q fica pra nois neh**

[04/10/2016 15:23:54] <Branco>: **Aha ate vamo ve ja conseguimos segura**

[04/10/2016 15:24:06] <este aparelho>: Novax

[04/10/2016 15:27:05] <Branco>: Esa semana ja vira mais 200

[04/10/2016 15:29:48] <este aparelho>: Verdade ja vai fica mas facil

Assim, inexistente mínima dúvida de que os integrantes da organização criminosa claramente empregavam armas de fogo como forma de intimidação coletiva para permitir a venda das drogas, seja para se proteger de outros traficantes, seja para inibir a ação dos policiais e até confrontá-los. Aliás, parece claro que a todo momento pretendiam a compra de outras armas (especialmente por conta de prisões e apreensões realizadas pela polícia – civil ou militar - que vez ou outra ocorriam no local).

E de igual forma, é patente o envolvimento de adolescentes na organização, os quais inclusive foram identificados no Relatório de **fl. 43 e 247** e flagrados nos vídeos **fls. 2178** e fotografias.

Assim, devem ser aplicadas as causas de aumento previstas no artigo 2º, § 2º e § 4º inc. I da Lei 12.850/13 para o acusados que arrostem as reprimendas do referido artigo 2º (ELISEU, JACIEL,

ADRIANO MARIANO, JEFERSON, LAUREANO, ERLANDO, PATRICK, PAULO ROBERTO, VANDERLEI, IZAQUE, DANIEL, THIAGO, MARCIANO, RICHARD, THIEGO, ZELI SANTANA, CLAUDINEI, HELTON e MAYCON) da mesma Lei.

Quanto causa de aumento que reporta à estreita conexão da presente organização criminosa com outras independentes, destaco que essa já constava do Relatório de **fls. 43-247**, e em juízo restou corroborada pelas mensagens encontradas nos celulares utilizados por JACIEL e MARCIANO, conforme CD's anexos aos laudos periciais de **fls. 2421-2451, fls. 2757-2762 e 2763-2768**.

No primeiro, é possível ver que ELISEU, JACIEL e MARCIANO integravam um grupo de WhatsApp de outra organização criminosa da qual aparentemente faziam partes, ou seja, o PGC – Primeiro Grupo Catarinense.

Nas mensagens, MARCIANO aparece no celular de JACIEL (“este aparelho” – 48 9166-0864) com as iniciais “MT”, ou seja, “Mutante”, cujo número do celular (48 9108-1471) ainda pode ser visto às **fls. 2421-2451**, daquele CD. E da mesma forma ELISEU aparece como “Lizel”, contato no celular de JACIEL com o número 48 9631-6142.

[04/10/2016 20:29:19] <Mt>: Quem é o mano de sfs

[04/10/2016 20:29:25] <Mt>: ?

[04/10/2016 20:29:57] <este aparelho>: Mano pra mim entende essa ideia vai ter q pucha la do começo mas se os mano foram afastado perante as leis do pgc tem q seguir assim como Raul estatuto fica afastado ja era

[04/10/2016 20:30:49] <554796909692@s.whatsapp.net>: Pinha *

[04/10/2016 20:31:43] <554796909692@s.whatsapp.net>: Só minha humilde visão aliado o bagulho tá fluindo aqui no mundão

[04/10/2016 20:35:32] <554884162762@s.whatsapp.net>: (#Sem Texto)

Anexo: Auw2Fsy9XHqmu-Mk9XJqkhR7_idp_b8ECbtvL2G6evK-.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 20:37:10] <indisponível>: 554891174923@s.whatsapp.net joined

[04/10/2016 20:38:48] <Lizel>:

[04/10/2016 20:38:51] <554884162762@s.whatsapp.net>: (#Sem Texto)

Anexo: AIUREAHTLtFiHzFDgCkjawCQIsyS2wU0PFhrlW3thBtH.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 20:41:43] <554891174923@s.whatsapp.net>: Bem sertinho meus.irmaos

[04/10/2016 20:41:51] <Lizel>: Vdd

[04/10/2016 20:41:59] <Lizel>: Apoiado

[04/10/2016 20:42:15] <Lizel>: Essa visão ai

[04/10/2016 20:42:21] <Lizel>: Ermao

[04/10/2016 20:45:29] <este aparelho>: Salve mano assim irmão nois e pgc verdadeiro somos estatuto e seguimos pelo certo nosso trabalho continua em prol pgc .aqui em tijucas e tem a continuar na rua tamos em guerra sem arma .então precisamos de poder bélico pra ter condição de bater de frente .então precisamos parecer detalhado da ideia q ta rolando la spa

[04/10/2016 22:28:37] <Lizel>: Aqui avata de tijuca boa noite a totos

[04/10/2016 23:19:24] <554796909692@s.whatsapp.net>: Saudações respeitosas a todos os criminosos irs que faz parte e somam no crime certo justo e correto não tive total entendimento ainda das idéias referente a esse afastamento dos irs mais assim na minha visão os irs ali quando conselho não poderia ser substituído apenas por decisão própria ou da massa e não 3 irs querer um questionário e houver o afastamento sou novo estou aí pra aprender com os irs mas é minha visão não se meche em time que tá ganhando respeitosa pinha peço aí foi mal por a minha falta de conhecimento total dos fatos essa foi a visão que tive do que vem acontecendo

[05/10/2016 11:35:45] <554891157027@s.whatsapp.net>: Um bom começo de dia a todos que lutam em prol a uma justa causa...muita paz harmonia saude e sabedoria pra todos nois nesse dia que se inicia....tamo ai novamente mais um dia correndo atraz do progresso dias melhores e a evolucao do partido...independente de qualquer situacao vamos nos unir e dar as maos precisamos nos manter unidos e focado...pois se mostrarmos fraqueza e dezuniaio nossos inimigos vao sorrir com isso..somos o crime correto e organizado...Vamos dar as maos e vamos juntos pra guerra defender nosso estado e mostrar pra todos a força do e uniao do PGC....pode cre familia...um forte e leal abraço a todos fiquem todos na paz do criador...se precisa e so chama que nao tem hora nem momento..tamo junto senpre ate depois do fim...na linha mano Pity..Disciplina geral do S.A..da palhoça...é nois....

[05/10/2016 15:10:59] <554898302014@s.whatsapp.net>: Primeiramente um forte e leal abraço a todos sem exceção e um bom começo de tarde pra todos que se encontrão nesse grupo faço também meus sinceros votos de positividade e fé então família tava acompanhando as ideias do grupo é na minha visão referente a o apoio do dias das crianças do morro do boa vista nosso irmão matemático poderia mandar a conta nesse grupo pois temos só gerais e representante do conselho que na mesma na.no.há visão cada geral e representante junto com a conta pode ta montando umas ideias especificando bem sertinho o motivo desse apoio pois como a maioria sabe o morro do boa vista era um morro ocupado pela oposição hoje em dia com a dedicação de muitos irmãos o morro foi retomado pelo pgc mais os irmãos sabe que foi vivido a guerra na quela quebrada onde a comunidade presenciou e sofreu com os conflitos dessa guerra que pra muitos moradores do morro do boa vista o pgc causo isso por isso na minha visão temos que unir e fazer uma festinha dos dias das crianças na quela quebrada beneficiando todas crianças fazer um bagulho mil gral pois temos o dever de mostrar pra todos que o pgc é unido que o partido visa todos morador e crianças que nois pgc precisamos do apoio da comunidade a Sim como eles precisão de nois pra manter a disciplina respeito e União dentro de cada favela temos que sempre visar a união da comunidade com o pgc mais pra isso todos tem que fazer um pouco pois se cada irmão fazer um pouco todos juntos vamos ter feito bastante na real essa é minha visão referente a quele áudio que foi esposto no grupo dos irmão que morrerão ali no eldorado pedimos na humildade e respeito um esclarecimento melhor se esses irmão que morrerão fechavão com nois ou não? E quem fez isso foi a oposição? Temos que saber em tempo real oque fã acontecendo ou oque aconteceu pra darmos uma resposta no imediato serto família pois vida se paga com vida e onde envolve uma vida temos que saber tudo detalhadamente essa é minha visão e referente ao conselho ser afastado eu já dei minha visão mais vouto a frisar e pergunta pros manos do conselho que se encontrão com nois no grupo como os irmãos sabem esse questionário que fizerao pro conselho atual veio pro mundão com 3 visto coronha ,zoinho, cvr sendo que o zoinho eo coronha tão com suas responsabilidades atrasadas dividas pendente só ai os mesmo já tão infligindo nosso estatuto que é bem claro temos que onrar com nossos compromissos como dois irmãos em regular vao elaborar uma ideia com um gral de responsabilidade altíssimo é vão mandar pro mundão sem antes passar no conselho e massa como querem cobrar o errado tando errado no crime meus irmãos o nosso líder é o estatuto não podemos deixar infligir ele e não fazer nada pois na.Minha visão jamais os manos do conselho poderia se afastar ou se der o afastamento pois sabemos que se nois se me termos num sumário automaticamente samos afastados mais ponho uma visão em cima nem Deus agradou todo mundo imagina o conselho que muinta das vezes tem que ser firmes nas ideias não que seja melhor que ninguém mais sim mais rígido que muitos pois os irmãos conduze juntos com a massa uma facção seria que éo o pgc acho errado irmao que não exerce cargo algum que até com suas respensas atrasadas estão elaborar e botar

umas ideias dessa na pista é certo isso?se os manos dar o desfecho nas ideias eos manos do conselho mostrar que não tão errados e retornar na ativa com nois esses dias e semanas perdidas quem vai repor eu vc a massa na minha visão jamais poderia afastar os.manos e se afastaro tinha que ter no imediato auxiliares capacitados pra dar continuidade nos trabalhos do partido e isso não ta tendo que organização e essa desorganizada tamos a mais de 10 dias sem umas ideias de adianto do conselho irmão morrendo a guerra fã ai não acabo tem muita batalha ainda como vamos batalha desse jeito como fica os manos que nesceitao do conselho pra apoiar nos trabalhos vejo a sim que tavamos num foco mil geral que é eliminar esses insetos de nosso estado mais esse foco não tar mais o mesmo tamos a dias no foco do conselho deixando até vulnerável das oposição CE revelar pois todos sabe tamos vivendo uma guerra com o pcc que é uma facção estruturada pra eliminarmos eles temos que fã num foco bem mais além que nois tar temos que ta cada dia mais unidos mais pra isso contamos.com o conselho nos auxiliando por isso peço mais uma vez na humildade que os manos ai da torre achem uma solução o quanto antes que veja os relatos dos manos do mundão que cada um que ta aqui no grupo fez algo e faz pelo pcc ninguém é melhor que ninguém mais o crime é um só e nossas vidas também vão deixar o pcc CE alastra mais no estado ou mais irmão morrer na mão deles pra resolver as ideias do conselho e bota os manos na ativa com nois não achei certo afastar o conselho nessa guerra posso ta até errado e ser cobrado mais essa é minha visão pq se afastaro o nosso conselho tinha que ter já em mãos irmãos ou auxiliares capacitados pra tar dando continuidade no trabalho do consa pergunto pra todos tem? Qual foi o progresso nesses dias nada só turbulência jamais podemos deixar nosso coração enfraquecer mais enfraqueceu e espero que isso se resolva o quanto antes Né família também não vamos servi até mesmo de fantoches porque nois.representa nosso nome rola se moscarmos até mesmo não se cuidarmos vamos pro barro temos que focar no progresso não ficarmos na turbulência na humildade mesmo essa é minha visão tmj família terrorista no mais deixo um salvao a todos da parte do nariga do kju representante do conselho disciplina do bairro e geral de floripa das armas

[05/10/2016 18:19:13] <este aparelho>: (foto de arma)

[05/10/2016 18:49:59] <Lizel>: **Sauve proouro bala de 45 pago bem**

[05/10/2016 18:50:04] <Lizel>: **Nas bala**

[05/10/2016 18:50:14] <Lizel>: **Quem tive**

[05/10/2016 21:13:23] <554796909692@s.whatsapp.net>: Saudações respeitosas a todos os criminosos irmãos e irmãs que fazem parte e somam no crime correto e integram e fazem parte da nossa honrosa organização criminosa PRIMEIRO GRUPO CATARINENSE 16.7.3.e com nossos votos de paz justiça liberdade igualdade uniao respeito e sabedoria prosperidade que nos do quadro de disciplinas de sfs viemos transparecer os ocorridos do mês passado.o nosso quadro de disciplinas foi remontelado pois tivemos duas percas de Gerais os quais forao presos nossos Nobres ir cp2b geral das armas e ir malibu geral das drogas. na mesma não foi realizada reuniões pois esta molhado a cidade mas estamos providenciando com a nossa marca registrada .aonde foi indicado para exercer a extrema responsabilidade de geral das armas o ir stanley.na mesma as munições que estavam no cuidado do ir cp2b não foi recolhido ainda estamos procurando sintonia com a faculdade vietna mas ali e precário de sintonia aonde ela acontece por pipo e na mesma o projeto plataforma foi começado pelo ir malibu mas até agora não sabemos quanto é se foi lançado mês passado aonde esse mês estamos providenciando um ir capacitado pra exercer essa rps .referente ao dizimo poucos irs pagaram e muitos estão atrasados com seus compromissos aonde está especificado o nome e quantia aqui nos arquivos de quem deve e quanto e quem está em dia aonde o responsável e o ir branco que encaminhou pra nossa sintonia aonde foi encaminhado o comprovante do deposito junto com a lista dos devedores aonde ficou 300\$\$no caixa da cidade e foi depositado 300\$\$ tivemos várias percas de armas esse mês na vdd todas aonde com muito esforço o ir Stanley conseguiu resgata um 38 polegadas pra nação pois o mesmo havia perdido um 38 numa fuga dos verme.aonde a pistola 380 foi parcialmente destruída num acidente de moto que aconte céu com o ir bomba e o ir margarina pois quando eles estavam indo concluir a missão a moto apresentou falhas mecânicas e cairão da moto e estragou o pente e quebrou a agulha da pistola no momento estamos com um 38 somente pras ações na cidade pois

foi fechado uma batida aonde não se pode ações assaltar com a maquina da nação só com projeto e apoiado pelo dc das armas pois tivemos várias percas e até o momento não foi repostado pelos irs tauros deve um 38 e ir elizeu também deve um 38 até agora nada nada fora as outras percas que já tivemos de armas na cidade por uso individual e sem o conhecimento dos demais. Estamos numa luta incansável pra arrecadar armas na cidade aonde pra ações os manos estão usando as suas próprias armas aonde nesse mês passado foi realizada uma ação contra nossos oposição aonde um pilantra foi baleado mas não morreu na reta vulgo leo. aonde forao o ir toni o ir zica e o comp ir do amarelo. Também foi realizado um homicídio de um velho cheio de caguetagem no currículo quem mato foi o comp xico . Também foi um morto na reta um velho cagueta quem mato foi o nego gio .foi morto um velho rato de moco quem mato foi o menor e o ir do nosso ir apito.foi morto um rato de moco quem mato foi o ir do heve e o heve. E aonde tem vários irs em missão aonde vai ser realizado várias ações esse mês principalmente contra a oposição .sem mais despeço com votos de paz justiça liberdade igualdade uniao a todos qualquer dúvida é só ligar estamos aí na disposição dos irs.ass:pinha sintonia geral

Visto:alemaozinho representante do conselho

Visto branco geral do dizimo

Visto Stanley geral das armas

[05/10/2016 23:04:51] <554896439537@s.whatsapp.net>: Alguem d Tijucas na sintonia,..favor se apresentar.,

[05/10/2016 23:05:05] <Mt>: **mt**

[05/10/2016 23:05:12] <Mt>: Na linha

[05/10/2016 23:05:52] <554896439537@s.whatsapp.net>: D Tijucas... _ _o MT?;

[05/10/2016 23:05:58] <Mt>: **Vdd**

[05/10/2016 23:06:51] <554896439537@s.whatsapp.net>: Agradeso.tamo junto fiel dioin na linha fiel aki do s/apalhoça

[05/10/2016 23:07:04] <Mt>: **Nóis**

[05/10/2016 23:07:07] <Mt>: **Tmj**

Adito que ainda foram apreendidas cartas daquela outra facção criminosa (PGC) na residência de ERLANDO (fl. 416) e nos celulares de MARCIANO (**conforme CD's anexos ao laudos periciais de fls. 2757-2762 e 2763-2768**, e que estão “printadas” mas alegações finais do Ministério Público de fls. 3447-3450), todas com referência à atuação do PCG na Comarca de Tijucas.

Aliás, consta inclusive cópia do Estatuto daquela organização criminosa e, até, anotações do controle do “díximo” do PGC, supostamente por MARCIANO e sua esposa, conforme extraído de um dos celulares usado pela mesma.

Destarte, inexistente mínima dúvida nos autos que a organização criminosa de que trata este processo, chamada de “STR”, através de alguns de seus principais integrantes (ELISEU, JACIEL, MARCIANO e ERLANDO) possuía uma ligação muito estreita e próxima com o Primeiro Grupo Catarinense (PGC).

Aqueles referidos integrantes, diga-se, possivelmente também faziam parte do PGC, e assim se valiam dos préstimos dessa outra associação para conseguir, entre outros, armas e material humano para o “STR”, do que decorre viável o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 2º, § 4º, inc. IV da Lei 12.850/13.

Por fim, tenho que também não subsiste razoável dúvida a partir do acervo probatório encartado aos autos, especialmente as mensagens dos grupos de WhatsApp encontradas nos celulares periciados, que ELISEU, JACIEL e ADRIANO MARIANO efetivamente eram os agentes que exerciam o comando daquela organização criminosa.

Assim, desde que ganhou o livramento condicional, **ELISEU** passou a comandar *in loco* o tráfico de entorpecentes, conforme exposto nos depoimentos dos policiais de **fls. 1999, 2002, 2003, 2021 e 2042**:

“Que diante disso foram feitos levantamentos dos nomes; **Que o cara que comandava era Eliseu Senca, vulgo AVATAR**, que ele comandava de dentro da cadeia” (fl. 1999)

“Que conhece Eliseu Senca; Que sabe que eles tem uma divisão de hierarquias; **Que Eliseu é o maior de todos**”. (fl. 2002)

“**Que Eliseu Senca** e Jaciel Senca são os “cabeças” ali do “Sem Terra”; que nunca prendeu nenhum deles, pois como eles são os patrões, não fica nada com eles, é muita gente trabalhando na ponta; (...) **que soube que Eliseu comandava o tráfico de droga no local quando estava preso**” (fl. 2003)

“Que em relação ao levantamento sobre quem comandava isso, com denúncias por moradores, cruzamento de informações de agências de inteligência [...]; Que conseguiram levantar que quem comandava ali o “Sem Terra”, quem dava as ordens de como seria, quem venderia ...; [...] **Quem comandava isso e dava as ordens era Eliseu Senca**, conforme informações recebidas de agências de inteligência e outros relatórios; Que visualizou Eliseu num dos pontos de venda; Que não tem gravação dele; Que ele era quem comandava, passando informações por meio de sua esposa; Que não visualizou ela em nenhum ponto; Que Eliseu passava informações pelo irmão dele, que era o segundo no comando da facção, que é o Jaciel Senca, vulgo Rolex”. (fls. 2021)

“Doutor, assim ó, com relação à liderança...é...todos...é impossível eu determinar para o senhor assim todos, todos da quadrilha identificados. Tem as dificuldades geográficas, as dificuldades de logística, né, mas a grande maioria sim foi identificada. Os cabeças sim, esses nós temos certeza, foram identificados, doutor: **Eliseu Senca**, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Piffer (...) **É o Avatar**, inclusive a residência dele destaca-se das demais né...porcelanato, muito bonita, de bom gosto, totalmente monitorada por câmeras, praticamente duas em cada cômodo, já com sistema de wi-fi, blindex pra todo o canto, assim, se destoa né, se destoa, é a residência do patrão mesmo né, no meio de tudo isso né que se tem ali. Então Eliseu Senca, também conhecido como Avatar doutor (...) Existe, em certos períodos do dia, que existiam duas bocas de fumo, com três olheiros, pelo menos, e, em certos momentos, não. À noite eram menos, assim ó, eram...os olheiros permaneciam os três, só que se passava pra uma única boca de fumo, pra concentrar todo o poder de fogo e toda a vigilância sobre este local, então mudava. E mudou também quando Eliseu Senca assumiu novamente. Ele mudou as bocas. Ele mudou de local né”. (fl. 2042).

A partir das perícias realizadas nos celulares apreendidos com os demais acusados, foi possível encontrar o número do aparelho utilizado por ELISEU: **48 9631-6142**.

Em um aparelho apreendido na própria casa de ELISEU (fls. 371 e 377), mas utilizado por JACIEL SENCA (com números 48 9166-0864 e 9156-6971), consta o contato “Lizel” com número 48 9631-6142, o qual integrava alguns grupos do aplicativo *WhatsApp*, sendo que também faziam parte os denunciados ADRIANO MARIANO, JEFERSON, PATRICK, MARCIANO, LAUREANO, ERLANDO, ZELI SANTANA e JACIEL.

“Lizeu” ou “Lizel”, aliás, foi o nome referido pelo denunciado JACIEL em seu interrogatório, ao referir ao irmão ELISEU (fl. 4078).

Ademais, aquele mesmo número 48 9631-6142 já estava referido no Relatório de fls. 43-247, encaminhado pela Polícia Militar, antes mesmo da apreensão dos aparelhos na residência do denunciado ELISEU, como sendo o celular utilizado pelo mesmo (fl. 60).

ELISEU (48 9631-6142), de fato, demonstra nas conversas tanto a associação como a organização do tráfico no local, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de fls. 2516-2533, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9820-8661), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9138-6805 – número que usava até o final de setembro de 2016).

Lá, MARCIANO questiona se no “Galpão 1 tem radio ?” e PATRICK diz “bom dia rapaziada”. JACIEL então pergunta: “cadê os mano ?”. Recebe então a resposta de que “não vieram nem buscar os comunicador”. ERLANDO afirma que “o curita tá doente ainda feio”, insistindo JACIEL que “tem varios mano na fvl ai pra da apoio la na frente”. PATRICK então diz que “vo lah” e JEFERSON adverte “ngm na contenção”. ELISEU então interveem e determina para JEFERSON “vamos ver isso logo je”. MARCIANO responde que “vou la fk nessa função” e ERLANDO então diz que “o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada”. (fl. 2526).

E é necessária a referência já feita às conversas extraídas do aparelho celular de JEFERSON (laudo pericial e CD anexo – fls. 2452-2489 - os arquivos são nomeados como PTT 20161003-WA0015 e PTT 20161003-WA0017), também consta o número do celular de ELISEU em um grupo de WhatsApp. Lá, ELISEU encaminha dois áudios no dia 03/10/2016, às 10 horas da manhã, para seus comparsas traficantes com as seguintes mensagens:

“Bom começo de dia aí meus irmão.

Bá rapaziada eu vô passa uma ideia aí pros irmão aí ó, principalmente pra quem tá na **contenção** tá ligado.

Se chega a passar algum carro aqui pra trás e o contenção não vê ou alguma falha de segurança por causa desses WhatsApp aí ou Facebook vai custar muito caro pra quem tá na contenção e tá direto online.

Eu não tô falando aqui, jogando conversa fora, quem quisé abraçá a ideia abraça.

Mas quem tivé na contenção e chegá a acontecê uma falha, por causa que tava online, eu não quero saber se é responsa ou o que qui é, se tiver uma falha de algum contenção pode custar muito caro.

Então quem tivé na contenção é bom ficá esperto e pará de ficá nesses celulá aí”.

“E aqui ninguém tá vindo trazê ideia pra mim, ninguém tá vindo falá coisa que tão ou não tão.

Eu tô passando toda hora e tô vendo os cara online.

Eu puxo aqui pra vê quem tá online e quem não tá.

Quem tá trabalhando e tá online ou não.

Aqui não tem nenhum bobo.

Vocês não tão falando, não tão lidando com nenhum bobo, entendeu rapaziada?

Tão...ninguém tá vindo aqui me falá nada.

Sou eu mesmo que tô indo pra baixo e pra cima e tô vendo os contenção online.

O Marquinho agora eu já peguei o celular dele, porque eu cheguei aqui em cima dele e **ele nem viu eu chegando em cima dele.**

Então já peguei o celular dele e **se eu passar aí pelas contenção e tiver mano online aí eu vô chegá no Nene e no Neguinho aí e nós vamo vê essas ideia aí.**

Se nós vamo liberar celular na hora do serviço ou não, que pra mim tem que tá 100%.

Se não tiver 100% nós vai arrumar quem queira ficar 100%.”

E também como já demonstrado, a perícia logrou encontrar imagens do denunciado VANDERLEI, em frente e dentro da residência de ELISEU, fazendo uso de um rádio comunicador (fls. 3400-3401), insisto, aparelho utilizado pelos traficantes do local para se comunicarem com agilidade (isso, reafirmo, está reiteradamente referido nos depoimentos dos policiais e constam dos autos áudios captados pelos milicianos).

Aqui, resta evidente que VANDERLEI estava fazendo a segurança da residência daquele apontado pelas investigações como líder dos traficantes associados, em clara associação também de VANDERLEI para o tráfico.

Registro ainda a relevante quantidade de dinheiro sem lícita origem apreendido na residência do denunciado ELISEU (quase de R\$ 5.000,00 em espécie), o que demonstra, nos termos da exordial acusatória, que efetivamente o denunciado era uma das pessoas, um dos líderes para o qual o dinheiro arrecadado com a venda de drogas estava sendo destinado.

Quanto à **JACIEL**, este comandava a organização criminosa desde a prisão de ELISEU e claramente exercia a liderança, junto com o irmão ELISEU, dos traficantes associados na localidade de Jardim Progresso.

“que diante disso foram feitos levantamento dos nomes; que o cara que comandava era Eliseu Senca, vulgo AVATAR; que ele comandava de dentro da cadeia; **que quem repassava as informações para os rapazes, era Jaciel Senca, irmão dele**” (fl. 1999).

“que Eliseu e **Jaciel Senca são os “cabeças” ali do “Sem Terra”**; que nunca prendeu nenhum deles, pois como eles são os patrões, não fica nada com eles, é muita gente trabalhando na ponta (como soldados deles); (...) que soube que Eliseu comandava o tráfico de drogas no local quando estava preso” (fl. 2003).

“que Eliseu passava informações pelo irmão dele, que era o segundo no comando da facção, **que é o Jaciel Senca, vulgo Rolex; que tem uma gravação dele levando droga e entregando para um dos pontos** para um dos responsáveis Jeferson Mello se não se engana” (...) que Eliseu era morador da localidade; que ele morava na Rua Adriel Menezes; que tinha informação de que **Jaciel morava na localidade, na primeira Rua, numa casa verde**; que ele tinha uma casa fora mas não conseguiu levantar; que pelo que sabe, nenhum deles tinha ocupação habitual ou trabalho” (fl. 2021)

[...] Durante o período de levantamento de informações, Eliseu Senca estava preso, mas o nosso informante claramente passava que ele comandava as ações de dentro do presídio. Ele é conhecido também como Avatar,

é documentado inclusive em outros autos que ele é faccionado ao Primeiro Grupo da Capital e o irmão dele é conhecido como Rolex, também conhecido na região pra questões organizacionais deles de distribuição de drogas quando faltava (...) E há de se destacar, também, que somente esse grupo criminoso né, liderado por Jaciel Senca, Eliseu Senca, Adriano dos Santos Mariano e todos os outros elencados, eles dominavam completamente o crime, tanto que há nos autos eles se...é...com um certo orgulho né, eles dizendo: aqui ninguém rouba, aqui ninguém mata, aqui os verme não entra, na linguagem da marginalidade. E dando exemplos né de que somente eles dominam o tráfico de drogas naquela região e o crime naquela região. (...) Vou citar um dos casos [em que a PM copiou e ouviu a frequência dos rádios comunicadores utilizados pelos integrantes da organização criminosa], quando faltava droga a gente copiava assim ó: pô chama o 4, 5, 6 aí! Chama o 4, 5, 6 tá precisando aqui, tá precisando aqui. Quem que é o 4, 5, 6? Jaciel Senca. Então ele...quando faltava droga, eu copiava essa comunicação né. (...) Doutor, assim ó, com relação à liderança...é...todos...é impossível eu determinar para o senhor assim todos, todos da quadrilha identificados. Tem as dificuldades geográficas, as dificuldades de logística, né, mas a grande maioria sim foi identificada. **Os cabeças sim, esses nós temos certeza, foram identificados doutor: Eliseu Senca, Jaciel Senca, Adriano dos Santos Mariano, Helton Piffer (...)** **Eles além de, além de as cabeças fazerem parte, documentado em outros autos, do Primeiro Grupo da Capital, como Elizeu Senca, Jaciel Senca, eles têm uma organização criminosa própria, chamada STR**, tanto que existe no grupo do WhatsApp desses celulares apreendidos o grupo “STR quebrada” e “Tá tranquilo, tá favorável” (...) Jaciel Senca é irmão dele [Elizeu Senca]. Segundo no comando, junto com a Josi que a gente infelizmente não conseguiu...por isso que não há denúncia. Há imagens [do Jaciel], inclusive de um momento dele né, indo entregar droga, o 4, 5, 6 né.” (fl. 2042)

Basta aqui fazer referência novamente às imagens de **fls. 2178 e fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde é possível ver o denunciado JACIEL no vídeo do dia 14/07/2016 trazendo consigo uma grande quantidade de entorpecentes que foi entregue ao réu JEFERSON para distribuição nos pontos de venda de drogas da localidade de Jardim Progresso.

Ali, também é possível claramente ver JACIEL inclusive negociar munições que trazia consigo com a pessoa que filma. O denunciado diz que “*bala de fuzil é cara né, cada tiro tem que ser pensado (...)* *que ainda tem bastante bala de fuzil... (ter tem”, mas não tá aí né, tem 100 bala com ele (...)* *de 12 nós tem bastante (...)* *50 bala vai dar 500 pila (...)* *vai lá então e traz a caixa pra nós, pra nós começar “pá” (...)* *que na real de 9 nós “temo” um monte (...)* *se tiver de 45 traz aí que nós compra”*.”

As imagens já constavam, inclusive das **fls. 62-63** do relatório da Polícia Militar, bem como nos autos apensos 900100-06 conforme **fls. 136-137**. JACIEL, aliás, se reconheceu na imagem em seu interrogatório (fl. 4078).

Igualmente conversas de JACIEL com o réu JEFERSON (que utiliza o ramal 48 9682-4877, conforme aparelho apreendido com este – CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**), salvo nos contatos como “Jeff”, onde o primeiro pede informações sobre o ponto de venda de drogas. JEFERSON então repassa as vendas realizadas e JACIEL refere sobre traficantes que reclamam da “escala”, ou seja, dos horários de trabalho dos demais traficantes:

[28/09/2016 19:57:28] <este aparelho>: Taum

[28/09/2016 19:57:32] <este aparelho>: Noma

[28/09/2016 19:57:53] <este aparelho>: **Como ta fvl**

[28/09/2016 19:58:34] <Jeff>: Tão
[28/09/2016 19:58:44] <Jeff>: **Tudo 2**
[28/09/2016 19:59:12] <Jeff>: **Pararáo de encomoda**
[28/09/2016 19:59:30] <este aparelho>: Podia atee q emfim
[28/09/2016 19:59:39] <este aparelho>: Ata q enfim
[28/09/2016 19:59:49] <este aparelho>: Novas
[28/09/2016 19:59:56] <Jeff>: Samuca pago
[28/09/2016 19:59:56] <este aparelho>: **Das contencao**
[28/09/2016 20:00:01] <este aparelho>: Frmz
[28/09/2016 20:00:10] <este aparelho>: **Deixa ai guardado**
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:23] <Jeff>: Ta
[28/09/2016 20:00:42] <este aparelho>: Já ta tirando nosso
[28/09/2016 20:00:49] <Jeff>: **Coloquei 50 ontem**
[28/09/2016 20:01:02] <este aparelho>: Tomara q sala logo
[28/09/2016 20:01:25] <Jeff>: **Essa semana é final de mês ainda**
[28/09/2016 20:01:43] <este aparelho>: Aham
[28/09/2016 20:01:56] <este aparelho>: **Corre gosto desse feio**
[28/09/2016 20:02:32] <Jeff>: **Uns reclama outros dia que é boa**
[28/09/2016 20:02:53] <este aparelho>: **Quem pega escala sempre vai reclama**
[28/09/2016 20:04:33] <Jeff>: Aham [...]
[29/09/2016 13:50:16] <este aparelho>: Tão
[29/09/2016 13:50:30] <Jeff>: **Lançei mais 500 pro gudan**
[29/09/2016 13:50:50] <este aparelho>: Pdc
[29/09/2016 13:51:33] <Jeff>: **Com aquele 600 foi lançado 3100**
[29/09/2016 13:52:28] <Jeff>: isso ?
[29/09/2016 13:52:40] <este aparelho>: Clr
[29/09/2016 13:52:45] <este aparelho>: Isso mesmo
[29/09/2016 13:53:17] <este aparelho>: **Vc La so 600 no começo 2000 e agora 500**
[29/09/2016 13:53:30] <Jeff>: É

No mesmo sentido as conversas de JACIEL com o réu ERLANDO (conhecido pela alcunha de Catraca – 48 9191-0125), onde o primeiro igualmente pede informações sobre o ponto de venda de drogas. ERLANDO então avisa que a polícia esteve no ponto que vende pedra (*crack*) de madrugada (CD anexo ao laudo de fls. 2421-2447).

[29/09/2016 08:23:40] <este aparelho>: Bom dia
 [29/09/2016 08:38:31] <Catra>: Bom dia pa noix
 [29/09/2016 08:39:01] <este aparelho>: **Como ta fvl**
 [29/09/2016 08:39:20] <Catra>: **Td2 noma**
 [29/09/2016 08:39:33] <Catra>: **Só tivero ontem na madruqa aq**
 [29/09/2016 08:39:47] <este aparelho>: Novas mas além tamos ai
 [29/09/2016 08:39:54] <Catra>: **3 vt mais só foro na boca da pedra**
 [29/09/2016 08:39:57] <este aparelho>: Tem q fica ligadao
 [29/09/2016 08:40:13] <este aparelho>: Eles tão loko pra Mata um
 [29/09/2016 08:40:16] <este aparelho>: Na covardia

E como já referido, existe indicativo claro que JACIEL, até antes o final de setembro de 2016, fazia uso de outro número de celular, qual seja o 48 9138-6805, uma vez que nos grupos de WhatsApp consta o mesmo como contato de “Patrão” (conforme perícia no celular de LAUREANO – **fls. 2516-2533 e CD anexo**), o qual posteriormente silencia e é substituído pelo número 48 9166-0864, continuando com as ordens no grupo juntamente com ELISEU.

Assim, no dia 19/09/2016 também JACIEL (48 9138-6805) já demonstrava tanto a associação como a organização do tráfico no local, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ADRIANO MARIANO (48 9117-9188), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436), ZELI SANTANA (48 9638-3548), ERLANDO (48 9191-0225) e ELISEU (48 9631-6142).

Inicia com MARCIANO questionando se no “*Galpão 1 tem radio ?*”, PATRICK dizer “*bom dia rapaziada*” e JACIEL perguntar “*cadê os mano ?*”. Recebe então a resposta de que “*não vieram nem buscar os comunicador*”. ERLANDO afirma que “*o curita tá doente ainda feio*”, insistindo JACIEL que “*tá bagunça ai na fvl então*” e que “*tem varios mano na fvl ai pra da apoio la na frente*”. PATRICK então diz que “*vo lah*” e JACIEL confirma “*pdc então pega radio lá fica lá*” e JEFERSON adverte “*ngm na contenção*”. ELISEU então interveem e determinar para JEFERSON “*vamos ver isso logo je*”. MARCIANO responde que “*vou la fk nessa função*” e ERLANDO então diz que “*o mariano tá me dando uma ideia aq do que ele vai fazer e já vai acabar eses problema rapaziada*”. (**fl. 2526**).

No mais, observo das conversas de JACIEL (48 9166-0864) com o réu LAUREANO (48 9864-6581) (conhecido pela alcunha de “Lobo” ou “Lóbi”), conforme perícia no celular do mesmo, onde o primeiro também pede, agora no dia 02/10/2016, informações sobre o ponto de venda de drogas e determina providências relacionadas à contabilidade do tráfico (**fls. 2527-2528**).

[02/10/2016 12:02:56] <554891660864>: Salve **lobi**
 [02/10/2016 12:03:00] <554891660864>: **tudo certo**

[02/10/2016 12:03:11] <554891660864>: **como anda as coisa por ai**

[02/10/2016 22:59:55] <554891660864>: **taum**

[02/10/2016 23:00:39] <este aparelho>: Tá

[02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **bom**

[02/10/2016 23:01:03] <554891660864>: **tas na bok**

[02/10/2016 23:01:11] <este aparelho>: **Não to aqui na rua de baixo que no galpão 2**

[02/10/2016 23:10:57] <554891660864>: **fala prós cara la lansa 1g pro mano q ta la**

[02/10/2016 23:10:59] <554891660864>: **das favor**

[02/10/2016 23:11:02] <554891660864>: **faz favor**

[04/10/2016 15:11:21] <554891660864>: **taum**

[04/10/2016 15:11:40] <554891660864>: **feio não lansa dinheiro Mariano**

[04/10/2016 15:11:47] <554891660864>: **deixa ai me da salve**

[04/10/2016 15:11:49] <554891660864>: **Q ele me deve moeda**

[04/10/2016 15:11:50] <554891660864>: **tnm**

[04/10/2016 15:11:52] <554891660864>: **tbm**

Também a ascendência de **ADRIANO MARIANO** sobre os demais integrantes da organização criminosa se revela evidente.

Os policiais destacaram em seus depoimentos as atividades desempenhadas por ADRIANO MARIANO no tráfico para o qual estava associado:

“Que nesse escalonamento ai tem o **Adriano dos Santos Mariano, vulgo “Mariano Corolla”, que era a logística ali do esquema do pessoal, tanto financeiramente, que o informante chegou a presenciar cenas**”; (...)
 “Que cada turno desse **ai era apresentado pro Adriano o relatório do dia**, o que vendeu e o quanto vendeu e a sobra; Que assim o **Adriano era um dos cabeças, fazendo a parte da logística**”. (fl. 1999)

“**Que Adriano dos Santos Mariano, vulgo Corolla, ele era responsável por gerenciar diretamente a venda ali**; Que teve uma determinada situação que no final de um dos turnos de trabalho, entraram em divergência em relação a quantidade de droga e dinheiro e um interlocutor disse “isso você tem que acertar com o ‘Mariano’ que é o responsável”; Que ele era o responsável direto para resolver esse tipo de problema; Que acredita que ele é o responsável financeiro também; Que ele foi visto nas filmagens em um dos pontos com considerável quantidade de drogas” (fl. 2021).

E as diversas perícias nos celulares apreendidos demonstram que ADRIANO MARIANO usava o telefone n. 48 9117-9188, bem como que integrava grupo do aplicativo *WhatsApp* do qual faziam parte os denunciados MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), LAUREANO (48 9864-6581), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225), ADRIANO ROSA (48 9133-9278) ELISEU (48 9631-6142), ZELI SANTANA (48 9638-3548) e JACIEL (48 9166-0864 e 9138-6805) (fls. 2427, 2431, 2433), onde são tratados assuntos exclusivos do tráfico de entorpecentes para o quais estava associado permanentemente, conforme as inúmeras conversas em vários dias de alguns meses revelam.

Exemplo evidente da libderança de ADRIANO MARIANO é a conversa (inclusive em áudio) flagrada no celular de JEFERSON, conforme CD anexo ao laudo pericial de **fls. 2452-2489**, onde este explica a um terceiro que a droga que estava vendendo naquele momento pertencia ao denunciado ADRIANO MARIANO (chamado de “Mariano”):

Ê, olha ali, eu não posso mexer ali ainda tá ligado.

Eu tenho que esperar acabar o o 1kg do Mariano pra mim mexer naquele outro fumo, tá ligado.

Eu ná posso mexer.

Eu tenho que esperar o Nene vim ai, daí a hora que acabar o fumo ali nós vai pesar tudo, vê quantos tem, tá ligado?

Daí é que eu vô mexer pô, mas enquanto isso **eu tenho que esperar sair aquele quilo do Mariano ali entendeu**.

A hora que eu for mexer ali eu já dou um salve pra ti.

Como bem destacado pelo Ministério Público, os traficantes associados, além de revezarem a força de trabalho, determinando escalas com horários para a venda de entorpecentes pelos demais, também realizavam, entre ADRIANO MARIANO, ELISEU e JACIEL uma espécie de rodízio da droga que era vendida. Afinal, eram esses os líderes dos demais.

Assim, em determinado momento era vendida a droga de ADRIANO MARIANO, com os lucros ficando para o mesmo. Em outro a droga de ELISEU e depois JACIEL. Havia, por isso, um estoque próprio de cada um, assim como a responsabilidade pelo pagamento ao distribuidor, tudo para minimizar as perdas dos associados e, evidente, dificultar o trabalho da polícia em encontrar as drogas que estavam escondidas em locais distintos.

Corroborando neste ponto a mensagem encaminhada por JACIEL (48 9166-0864) para ELISEU (48 9631-6142) (**laudo de fl. 2433** do celular apreendido na casa de ELISEU) onde o primeiro reclama de um distribuidor que está cobrando o pagamento da droga que foi entregue há pouco, ou seja, em tempo insuficiente para venda. Nessa conversa, por diversas vezes JACIEL reitera o nome de ADRIANO MARIANO, referindo a quantidade de entorpecentes do mesmo, bem como o rodízio que é feito entre eles e JACIEL.

Também conversas entre JACIEL (48 9166-0864) e HELTON (48 48 9133-9604) (**fl. 2443**), onde este último (mesmo preso desde 05/08/2016) pede “fumo” para o primeiro, o nome de ADRIANO MARIANO é referido, aparentemente pelo fato de estar na “vez” daquele vender a droga, a qual seria entregue então para HELTON, mesmo preso.

Já em 28/09/2016 fica claro tanto a associação como a organização do tráfico no local e o envolvimento de ADRIANO MARIANO, conforme conversa em grupo extraído do laudo e CD anexo de **fls. 2516-2533**, onde o mesmo trata com MARCIANO (48 9108-1471), JEFERSON (48 9682-4877 e 48 9109-4595), ELISEU SENCA (48 9631-6142), LAUREANO (48 9820-8661), ZELI SANTANA (48 9638-3548), PATRICK (48 9676-9436) ERLANDO (48 9191-0225) e JACIEL (48 9138-6805).

E assim também conversas entre JACIEL (celular apreendido na casa de ELISEU) e ADRIANO MARIANO, extraída do CD anexo ao laudo de **fl. 2421**:

[03/10/2016 14:35:55] <este aparelho>: **Taum feio tem moeda do fumo la pra lansa la pro zamba**

[03/10/2016 14:36:12] <este aparelho>: Ele tá me pedindo mas **não ta na minha vez**

[03/10/2016 14:50:15] **<Mariano>: Tem 300 pila**

[03/10/2016 14:50:46] <este aparelho>: Tá falta muito pra acaba

[03/10/2016 14:50:48] <este aparelho>: Teu

[03/10/2016 14:51:15] **<Mariano>: 800**

[03/10/2016 14:51:42] <este aparelho>: Bah

[03/10/2016 18:17:59] <este aparelho>: Feio falta 700

[03/10/2016 18:18:03] <este aparelho>: De vcs

[03/10/2016 18:18:27] <este aparelho>: Tenho q lansa moeda la pro zamba ve ai se consegui uma moeda

[03/10/2016 18:18:45] <este aparelho>: Acelerao nem pego maiz

[03/10/2016 18:18:48] <este aparelho>: Com ele [...]

[04/10/2016 15:31:56] <este aparelho>: Taum feio

[04/10/2016 15:32:02] <este aparelho>: Tudo certo

[04/10/2016 15:32:18] **<Mariano>: Sim**

[04/10/2016 15:32:22] <Mariano>: Eai

[04/10/2016 15:32:46] <este aparelho>: Feio arruma moeda ai pra paga dim la pro zamba la fica aí me procurando mas não ta minha vez

[04/10/2016 15:32:51] <este aparelho>: Bicho chato

[04/10/2016 15:33:03] <este aparelho>: Aqui tudo certo so esse mano q acelera

[04/10/2016 15:33:06] <este aparelho>: Cara

[04/10/2016 15:33:36] <Mariano>: (#Sem Texto)

Anexo: AgA3XYer4lkJ4pnCRL2k9iu_DHd5UmAjGS-P63K4j0Ni.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 15:33:51] <Mariano>: (#Sem Texto)

Anexo: AlWuu2qvvsjIczV9XdoP460TQCK2zmoTsMdMp2-sy-mv.enc (#Não Encontrado)

[04/10/2016 15:34:16] <este aparelho>: Não feio so vende ai paga ele vai sair devaga mesmo jeito

[04/10/2016 15:34:29] <este aparelho>: Saiu 300 do teu neh

[04/10/2016 15:34:49] <este aparelho>: Não tem como lansa esse dim das 300 pra ele

[04/10/2016 15:34:52] <este aparelho>: Feio

[04/10/2016 15:35:01] <este aparelho>: 300ja da 1200

04/10/2016 15:35:28] **<Mariano>: Vou ver ali**

[04/10/2016 15:35:43] **<Mariano>: Mas se pa ja lanso**

[04/10/2016 15:36:07] <este aparelho>: Pensa cara chato

[04/10/2016 15:36:11] <este aparelho>: Última tbm

[04/10/2016 15:36:13] <este aparelho>: Q pego

[04/10/2016 15:36:15] <este aparelho>: Dele [...]

Por fim, cabe a referência à mensagem encaminhada naquele grupo de ELISEU para ADRIANO MARIANO (“*suave mariano eu pedi para os guri desce um pouco a bocó para baicho tão la no ponto de ônibus. Só até aterde*”), se referindo ao ponto de vendas de drogas. ADRIANO MARIANO então responde “*positivo*”. Isso bem revela a ascendência de ELISEU e ADRIANO MARIANO sobre os demais, em razão das ordens que repassava, bem como a necessidade de ciência a ADRIANO MARIANO, um dos líderes do tráfico no local.

De outro lado, vênia ao entendimento do Ministério Público, não vejo nos autos provas suficientes para afirmar que HELTON igualmente exercia uma liderança sobre os demais integrantes.

Estimo, na linha do que já se tratou quanto ao delito de associação para o tráfico, que HELTON tinha uma função clara e específica na organização, ou seja, providenciar toda a logística das armas que eram usadas pela unidade criminosa. Essa função, contudo, foi delegada ao mesmo pelos demais (ELISEU, JACIEL e ADRIANO), como está claro da mensagem encaminhada por JACIEL para LAUREANO, a qual pode ser encontrada às **fls. 17** do CD anexo ao laudo pericial do celular de LAUREANO de **fls. 2516-2533**.

Lá, JACIEL faz referência à HELTON quando conversa com LAUREANO e fala do: “*Tiozinho q toe lansava máquina pra ele*”, ou seja, o terceiro de quem HELTON (Toé) comprava armas (“lançava máquina” – “máquina” = arma) para os integrantes da organização criminosa.

Aliás, em outra conversa, agora do próprio HELTON com JACIEL (isso no dia 04/10/2016), aquele questiona ao último sobre quem estava exercendo suas funções no grupo criminoso desde a prisão (“*quem ta fazendo a mão prati*”), ao que JACIEL responde: “*feio quem tá fazendo Lages. Ele único mas capacitado*”. “Lages”, aliás, aparece entre os contatos do celular de JACIEL e naquele grupo de WhattssApp dos traficantes, conforme **fls. 03** do CD ao laudo pericial do celular usado por JACIEL de **fls. 2421-2451**.

Ao final daquela conversa, HELTON avisa: “*so diz pra ele nem se apega*” “*q logo to ai*” “*e o lobo tabem*”, revelando assim que não deixou de integrar a organização criminosa e, tão logo em liberdade, voltaria a trabalhar no tráfico de entorpecentes e manter-se associado com os demais.

Não havia, como se vê, uma ascendência de HELTON sobre os demais, tanto que restou preso quando, aparentemente, exercia a função de contenção no local, já que encontrado com uma arma e rádios comunicadores. Essa função, diga-se, também era exercida por outros integrantes de menor expressão, exceto, como se viu, por ELISEU, JACIEL e ADRIANO MARIANO, estes sim os líderes daquela organização criminosa e que, evidente, praticamente não apareciam no local da venda de drogas (exceto uma única oportunidade, em que flagrado em vídeos ADRIANO MARIANO e JACIEL).

Inviável, por isso, reconhecer em desfavor de HELTON aquela agravante.

Crime de uso de documento falso – art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal

MARCIANO MEDEIROS PAZ – vulgo Mutante

Consta que na data de 06/10/2016, na operação denominada Ragnarok e em cumprimento a mandados de busca e apreensão, policiais receberam a informação de que um indivíduo depositava armas de fogo e drogas para um dos chefes da organização criminosa instalada no bairro Jardim Progresso.

Em diligências, adentraram à residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, onde residia MARCIANO MEDEIROS PAZ e lograram êxito em encontrar o mesmo, que apresentou documento em nome de outra pessoa, a fim de ocultar sua verdadeira identidade, uma vez que era foragido do sistema penitenciário.

A materialidade do crime resta comprovada pelo boletim de ocorrência de **fls. 3-6 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**, pelo auto de apreensão de **fl. 7 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072** e pelo laudo pericial de **fls. 135-151 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**.

Quanto à autoria do delito, na Delegacia de Polícia o réu manteve-se silente (**fl. 13 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**)

Em juízo, porém, o réu negou os fatos (**fls. 2214-2215**). Disse que no momento da abordagem não apresentou nenhum documento aos policiais. Afirmou, ainda, que falou o seu próprio nome quando perguntado.

As declarações do denunciado, contudo, não refletem a verdade revelada pelas provas produzidas nos autos.

Resta evidente que o réu fez sim o uso de documento falso em nome de REGIS ROBERTO BALDI DE ALMEIDA para tentar ocultar sua identidade a fim de não ser preso, haja vista que era foragido do sistema penitenciário.

O policial militar Rafael, tanto na Delegacia de Polícia (**fl. 8 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**), como em juízo (**fl. 2018**) afirmou que tinham como alvo o réu ELISEU SENCA, o qual habitava uma residência de cor verde. Disse que foram abordados por uma feminina, tendo esta declarado que a residência era de sua mãe e que naquele local não haveria nada, o que foi constatado posteriormente pelos policiais. Relatou que a referida feminina informou que parte dos objetos buscados estariam na posse de outro masculino, tendo esta direcionado a casa.

Chegando ao local, constaram que era um terreno com duas casas, sendo uma de madeira e outra aos fundos como se fosse uma edícula e lá abordaram o acusado MARCIANO, o qual apresentou uma CNH falsa e foi buscado o nome e constatado que ele era foragido da Colônia Agrícola de Palhoça.

Declara, ainda, o policial militar que essa feminina já havia repassado todas as características do acusado, inclusive relatando o nome correto deste, sendo depois constatado pela guarnição (**fl. 2018**).

Já o policial Heitor afirmou perante a Autoridade Policial (**fl. 10 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**) e em juízo (**fl. 2027**) que participou apenas da execução da operação RAGNAROK,

mas tinha conhecimento da investigação. Disse que no dia da operação ele juntamente com a equipe ficaram responsável pelo líder do tráfico no bairro Sem Terra, conhecido por “Senca”, porém não se recorda o primeiro nome. Relatou que na diligência apreenderam uma certa quantia em dinheiro e câmeras de vigilância, as quais foram encaminhadas posteriormente para perícia.

Durante o procedimento, o policial relatou que foi uma pessoa até a residência em que estavam tendo esta informado que haveria outra pessoa responsável por armazenar drogas para o “Senca”, indicando a casa onde este residia. Dirigiram-se ao local, perceberam que já havia sido expedido mandado de busca para aquela residência, porém nada foi encontrado. Seguiram, então, à residência da namorada do acusado MARCIANO e chegando ao local este tentou evadir-se pela janela, porém foi capturado pela polícia, ainda no terreno da residência. Feitas buscas no local, encontraram embaixo do travesseiro uma pistola, marca Glock e carregador, além de balança de precisão e uma bucha de cocaína.

Relatou que quando pediram sua identificação, o acusado apresentou uma CNH em nome da pessoa de REGIS ROBERTO BALDI DE ALMEIDA, porém com a foto do acusado. Após serem feitas algumas perguntas para identifica-lo precisamente, o acusado de imediato informou de forma errônea, tendo os policiais já desconfiado de sua qualificação.

Quando perguntado novamente sua qualificação, o acusado informou seu nome correto e consultado no sistema, ele estava com mandado de prisão em aberto (fl. 2027).

A confirmação do uso do documento falso de fl. 7 é feita inclusive pelo exame de fls. 135-151, onde resta claro que *“a Carteira Nacional de Habilitação questionada utiliza espelho (papel suporte) FALSO, onde foram inseridos dados inverídicos em nome do condutor REGIS ROBERTO BALDI DE ALMEIDA. Na falsificação, utilizou-se uma CONTRAFAÇÃO de espelho (papel suporte) de documento original, na qual foram utilizados recursos técnicos de editoração eletrônica de imagens, impressão colorida e simulação de elementos de segurança”* (fl. 139).

Aliás, conforme laudo pericial de fls. 2757-2762, é possível perceber que MARCIANO já estava na posse da referida CNH há um bom tempo, tendo em conta que foi localizada fotografia do documento falsificado no celular apreendido com o mesmo.

Daí a materialidade do crime e a prova suficiente da autoria.

O conjunto probatório então é tranquilo em confirmar que o denunciado fez sim uso de documento público falso.

Crime de posse de arma de fogo, munições e carregadores de uso restrito – art. 16, caput, da Lei 10.826/03

MARCIANO MEDEIROS PAZ – vulgo Mutante

A denúncia ainda trata de crime de possuir arma de fogo, munições e carregadores de uso restrito contra o réu MARCIANO.

Consta que na data de 06/10/2016, na operação denominada Ragnarock, em cumprimento a

mandados de busca e apreensão, policiais receberam a informação de que um indivíduo depositava armas de fogo e drogas para um dos chefes da organização criminosa instalada no bairro Jardim Progresso, e em diligências adentraram à residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, onde residia MARCIANO MEDEIROS PAZ e lograram êxito em encontrar arma e equipamentos de uso restrito.

Registro inicialmente que ocorreu a apreensão na residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, nesta cidade, de 1 (uma) pistola, marca *Glock*, modelo G17 Gen4, calibre 9x19, n. XSZ315 com o respectivo carregador municiado com 11 munições intactas calibre 9mm, 1 (um) carregador, marca *Glock* 9mm, com capacidade para 31 (trinta e uma) munições, municiado com 30 munições 9mm intactas, 1 (um) carregador C-MAG Twin-Drum, BETA MAG 9mm *Glock*, com capacidade para 100 (cem) munições, municiado com 50 (cinquenta) munições 9mm intactas, todas de uso restrito, conforme auto de apreensão de **fl. 7 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072** e laudo pericial de **fls. 114-125 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**.

A materialidade do crime ainda é demonstrada pelo reiterado depoimento dos policiais que efetuaram a prisão do réu (**fls. 8-9, 10-11 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072 e 2.018 e 2027**), os quais declararam que a arma, as munições e os carregadores pertenciam ao denunciado.

No mais, o Laudo de **fls. 114-125** é categórico em apontar que *“a arma de fogo em questão foi submetida à testes de eficiência e mostrou-se EFICAZ para o fim a que se destinava”*.

Ademais, *“os cartuchos de munição questionados foram submetidos a testes de eficiência com pistola motivo pericial, sendo que as suas cargas deflagraram com uma única persecução das respectivas cápsulas de espoletamento, mostrando EFICAZES para o fim a que se destinavam”*.

E ainda, *“os carregadores questionados foram utilizados nos testes de eficiência com a pistola, motivo pericial, sendo que os mesmos se mostraram eficazes para o fim a que se questionavam”*.

Quanto à autoria, esta resta igualmente indene de controvérsia nos autos, seja pelos depoimentos dos policiais na fase extrajudicial, seja nas declarações destes em juízo.

No ponto, o policial militar Rafael afirmou em juízo (**fl. 2018**) que participou da operação RAGNAROK e que o alvo principal ao qual ficou incumbido era a pessoa conhecida como ELISEU SENCA. Dirigiram-se ao local indicado como sua residência, uma feminina os abordou, afirmando que ali não seria encontrado nada, o que foi confirmado pelos policiais, após as buscas. No mesmo ato, referida mulher, identificada posteriormente como enteada de ELISEU, informou que parte do material ilícito estaria em outro local, de posse de outro masculino, tendo direcionado qual seria a residência.

No local indicado, foi encontrada uma pistola, da marca Glock, um carregador com 30 munições e um carregador alongado, tipo caracol. Disse que quando chegaram ao local, o acusado estava no interior do imóvel e tentou resistir à prisão. Afirmou que a pistola estava dentro de um armário, junto com um carregador. O outro carregador, tipo caracol, estava em uma edícula que ficava no mesmo terreno que a residência.

A informação que teria um carregador alongado partiu da mulher que havia indicado a residência de MARCIANO, o qual posteriormente confirmou que estava na posse do referido objeto, tendo, inclusive, indicado o local.

O policial relatou, ainda, que o fato de haver um carregador, tipo caracol, naquele local, não era surpresa para a guarnição, visto que pelas investigações realizadas anteriormente às buscas, já existiam fotos do referido objeto, o qual era usado pela Organização Criminosa, sendo de conhecimento da polícia.

O outro policial militar confirmou em juízo (**fl. 2027**) o que havia declarado na fase policial, dizendo que participou apenas da execução da operação e não das investigações preliminares. Afirmou que ficou responsável em diligenciar na residência de uma pessoa conhecida como “Senca”, porém no local nada foi encontrado. Posteriormente, receberam informações que haveria um rapaz que era responsável por armazenar drogas e armas para o “Senca”, sendo apontado o local em que referida pessoa residia. Porém, na residência também nada foi encontrado.

Dirigiram-se, então, à residência da namorada da pessoa indicada como responsável pela guarda das armas e drogas e lá encontraram o réu MARCIANO, o qual tentou evadir-se. Relatou que encontraram na referida residência uma pistola, marca *Glock*, 9mm, municiadas com um carregador e munições deste calibre, embaixo do travesseiro. Além disso, apreendeu-se também uma bucha de cocaína, uma balança de precisão e um rádio comunicador.

Após, o próprio denunciado indicou aos policiais a localização de sua residência, inclusive sendo a casa indicada pela denunciante (enteada de “Senca”), onde lá encontraram um saco de colocar chuteiras contendo dois carregadores de pistola 9mm (um caracol e um alongado com capacidade para trinta munições), carregador para rádio comunicador e alguns comprimidos de *ecstasy*.

O réu MARCIANO, na Delegacia de Polícia, manteve-se silente (**fl. 13 dos autos apensos n.º 0002115-70.2016.8.24.0072**).

Em juízo, porém, negou os fatos, dizendo que nada do que foi encontrado nesta residência eram de sua propriedade (**fls. 2214-2215**).

Enfim, o porte ilegal de arma de fogo, seja ela de uso permitido ou restrito, raspada ou não, é crime de perigo abstrato e de mera conduta, já que a capacidade de dano à incolumidade pública é presumida. A ofensividade da arma, ressalta-se, não está apenas na capacidade de disparar projéteis, mas também no seu potencial de intimidação.

Cumprе salientar, por fim, que a denúncia indica que o denunciado restou incurso nas sanções do art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03, a qual indica a supressão, adulteração ou raspagem de marca, numeração ou qualquer outro sinal de identificação da arma.

Ocorre que, segundo o Laudo Pericial de **fls. 114-125**, a arma de fogo encontrava-se com a numeração aparente, sem alterações, devendo o acusado incidir na conduta do *caput* do art. 16, do Estatuto do Desarmamento.

E evidente que a responsabilidade pelo armamento e munições apreendidas na residência do

denunciado recai sobre o mesmo, já que nos laudos periciais dos celulares apreendidos com o mesmo e com sua companheira (fls. 2763-2768 e 2757-2762), especialmente nos CD's anexos àqueles, é possível encontrar inúmeras fotografias de MARCIANO e de sua companheira ostentando as armas apreendidas.

Adito, aliás, que a existência daquele carregador tipo caracol com aquela organização criminosa já fôra apontada nas investigações preliminar, conforme se infere das fls. 237-240 dos autos apensos 0900100-06, onde consta uma fotografia apontando a posse daquele artefato em determinado dia com o réu ARTUR, conforme fls. 239 dos autos apensos 0900100-06, embora tal fato não tenha se confirmado em juízo, como se viu.

E para espancar qualquer dúvida, registro que consta dos autos a seguinte referência àquele carregador caracol, encontrada no celular de MARCIANO (conforme laudo pericial de fls. 2757-2762 e CD anexo aos autos). Lá consta a seguinte mensagem, trocada entre MARCIANO e sua esposa, que confirma a posse do carregador pelo mesmo:

[09/08/2016 19:42:25] <me>: já to indo lá pra mãe
[09/08/2016 21:06:42] <554891081471>: fmz leva o pente de 100 amanhã pego c vc
[09/08/2016 21:07:52] <me>: **e o b.o**
[09/08/2016 21:07:54] <me>: levo junto
[09/08/2016 21:07:59] <me>: ???
[09/08/2016 21:08:03] <me>: ta
[09/08/2016 21:11:30] <me>: tão
[09/08/2016 22:11:45] <me>: vou dormir em casa
[09/08/2016 22:11:57] <me>: n vou sair daq
[09/08/2016 22:12:40] <554891081471>: eu saio amanhã
[09/08/2016 22:12:58] <me>: VC q sabe
[09/08/2016 22:13:28] <me>: N posso flr ou mudar nada
[09/08/2016 22:14:13] <me>: Q nem CE fala vou comer várias bct
[09/08/2016 22:14:27] <me>: vai q ta arrasando
[09/08/2016 22:41:01] <me>: tens certeza q que termina
[10/08/2016 01:21:31] <me>: ??
[10/08/2016 01:48:14] <me>: **seu colete ta aq**
[10/08/2016 02:20:37] <me>: **Me q isso contenção na frente da baía**

O conjunto probatório então é tranquilo em confirmar que o denunciado era o responsável pelas armas e munições apreendidas no local.

Receptação majorada – art. 180, § 6º, do Código Penal

LAUREANO MARCOS COSTA, vulgo Lobo ou Lobi

A denúncia ainda cuida do crime de adquirir, receber ou ocultar objetos pertencentes ao Estado, em proveito próprio e da organização criminosa da qual faz parte, sabendo ser produto de crime, imputado ao réu LAUREANO.

Consta que na data de 06/10/2016, na operação denominada Ragnarock e em cumprimento a mandados de busca e apreensão, policiais apreenderam na residência de LAUREANO MARCOS COSTA, localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 1.136, bairro Jardim Progresso, bens do patrimônio público do Estado de Santa Catarina, consistente em 1 (uma) capa de colete e 2 (duas) placas balísticas, pertencentes à Polícia Militar do Estado, conforme termo de exibição e apreensão de **fl. 401** e certidão de **fl. 404**.

É indubitosa, por isso, a materialidade do crime de receptação, tendo em conta o furto dos objetos encontrados no interior da residência do acusado LAUREANO MARCOS COSTA. Trata-se de bens pertencentes ao patrimônio público do Estado de Santa Catarina, quais sejam: capa de colete da Polícia Militar n.º KEV1282771 e outras duas placas balísticas (uma sem número e outra n.º KEV 113122). Evidente, não são artefatos de livre comércio e, como visto, eram produto de crime.

Às **fls. 325-326** também consta o relatório de análise do material apreendido.

À **fl. 1115**, a Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, confirmou que o colete e as placas balísticas são patrimônios públicos da instituição, conforme segue descrito:

“(…)

3. O colete de proteção balística marca CBC, registro alfanumérico KEV 1282771, pertence a Polícia Militar de Santa Catarina, está na carga da 1ª Cia/12º BPM e na cautela do Sd PM Mat 651847 Gustavo Fernando Schriber Bartz. Não encontramos registros em nossos arquivos de furto, roubo ou desvio do referido colete;

4. O colete de proteção balística marca CBC, registro alfanumérico KEV113122, pertenceu a Polícia Militar de Santa Catarina, e esteve na carga do 4ºGp/3ºPel/3ªCia/12ºBPM. O referido colete foi furtado da casa do policial militar que detinha a cautela do mesmo, fato este apurado através do IPM nº 151/IPM/PMSC/2016”.

A fim de corroborar referidas descrições, foram juntados os termos de cautela de **fls. 1122-1128 e 1129-1133**.

Em relação à autoria, embora o acusado tenha negado em seu interrogatório os fatos contra si imputados (**fls. 2194-2195**), o depoimento do policial militar de **fl. 2000** atesta, extreme de dúvidas, que o acusado LAUREANO possuía em seu poder um colete da Polícia Militar e duas placas balísticas, pertencentes ao Estado de Santa Catarina.

De fato, o policial militar que participou da operação afirmou em juízo que ficou responsável em cumprir um mandado de busca e apreensão em uma determinada residência. Disse que quando chegou ao local somente encontraram uma pessoa, a qual não era o acusado LAUREANO. Afirmou que haviam policiais que já trabalharam na área de Tijucas e eles tinham informações onde poderia estar um dos alvos, no caso, LAUREANO.

Dirigiram-se ao local, descrito como um terreno onde haviam duas casas, tendo lá encontrado alguns parentes, onde uma mulher havia afirmado que o alvo da busca havia evadido-se dali há poucos instantes. Relatou que fizeram buscas na casa e que foi encontrado um colete balístico, além de armas e drogas. Disse que posteriormente, por outra guarnição, o alvo foi localizado. Afirmou, ainda, que foram encontradas duas placas balísticas. Disse que era um colete só, com duas placas, inclusive com capa da polícia militar. Disse, ainda, que posteriormente ficou constatado que o objeto é da Polícia Militar de Santa Catarina que era origem de furto.

Relatou que na casa havia uma menor de idade que foi até conduzida e que era parente de LAUREANO.

Todas essas circunstâncias, em especial a apreensão do bem e o relato do policial militar que apreendeu o bem na residência do acusado LAUREANO, descortinam um cenário em que se pode afirmar, extirpe de dúvidas, que o réu possuía em seu poder um bem de propriedade pública, devendo responder pelo crime de receptação de bem objeto de crime majorado por ser este patrimônio do Estado, previsto no art. 180, §6º, do Código Penal.

Reitero, aliás, conforme já exposto quanto se tratou o crime de associação para o tráfico, que LAUREANO já estava identificado no Relatório de **fl. 43 e 247**, inclusive em fotos (**fl. 84**) e **fls. 458 dos autos apensos 900100-06**, onde é possível ver o denunciado no vídeo do dia 21/06/2016. Lá, LAUREANO aparece fazendo a contenção no turno da tarde, enquanto a venda era realizada pelo réu DANIEL.

Isso, reafirmo, explica a existência do colete em sua casa para realizar a segurança dos demais que perpetravam o tráfico e para o qual também estava associado.

No mesmo sentido, basta fazer referência às fotos de armas com LAUREANO encontradas no celular do mesmo (conforme laudo pericial de **fls. 2524**). Em várias fotos LAUREANO aparece segurando pistolas e rádios comunicadores.

O conjunto probatório então bastante claro em demonstrar que LAUREANO era sim o responsável pelos objetos receptados e encontrados em sua residência.

Posse irregular de arma de fogo – art. 12, *caput*, da Lei 10.826/03

LAUREANO MARCOS COSTA, vulgo Lobo ou Lobi

A denúncia também refere ao crime de posse irregular de arma de fogo encontrada na residência do réu LAUREANO.

Consta que na data de 06/10/2016, em cumprimento a mandados de busca e apreensão, policiais adentraram à residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, em frente ao n. 1.136, bairro Jardim Progresso e lograram êxito em encontrar 1 (uma) arma de fogo, tipo garrucha, calibre .32, de uso permitido.

Registro inicialmente que ocorreu a apreensão nos autos da arma de fogo, tipo garrucha, calibre .32, de uso permitido, conforme termo de apreensão de **fl. 401**, certidão de **fl. 404** e Laudo Pericial de **fls. 2360-2363**.

A materialidade do crime ainda é demonstrada pelo reiterado depoimento do policial militar que efetuou a prisão do denunciado LAUREANO (fls. 2000).

O réu, em juízo, negou os fatos contra si imputados (fls. 2210-2211).

Quanto à autoria, esta resta igualmente indene de controvérsia nos autos, diante das declarações do policial (fl. 2000).

Este relatou que participou da operação e no cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do acusado LAUREANO, nada foi encontrado. Porém, alguns policiais que já haviam trabalhado com a referida testemunha, indicaram o local em que este poderia ser encontrado.

Dirigiram-se à referida residência onde haviam pessoas que declararam aos policiais que o acusado LAUREANO havia acabado de evadir-se, ocasião em que confirmaram que referido local era residência deste e franquearam a entrada dos milicianos, sendo realizadas buscas. Nas referidas buscas, logrou-se êxito na apreensão de arma de fogo, tipo garrucha, calibre .32, que o denunciado guardava em sua residência, além de coletes balísticos de propriedade da Polícia Militar e uma certa quantidade de drogas.

Afirmou que, posteriormente, o alvo foi preso por outra guarnição.

O laudo pericial de fls. 2360-2363 confirma categoricamente que a arma era eficaz para realizar disparos.

Logo, não possuindo o réu autorização para a posse da arma de fogo apreendida, a conduta narrada na exordial acusatória encontra, em tese, reverberação no tipo penal previsto no art. 12 da Lei 10.826/03, restando a ocorrência do crime isenta de dúvidas.

Corrobora, no ponto, as fotos de armas com LAUREANO encontradas no celular do mesmo (conforme laudo pericial de fls. 2524)

Assim, considerando que não há dúvidas de que a arma de fogo, calibre .32, era de responsabilidade do réu, posto encontrada em sua residência, sua condenação é medida que se impõe.

Posse de arma de fogo, munições e carregadores de uso restrito – art. 16, caput, da Lei 10.826/03

CLAUDINEI MARCOS VENTURA

A denúncia trata de crime de possuir arma de fogo, munições e carregadores de uso restrito.

Consta que na data de 06/10/2016, na operação denominada Ragnarock e em cumprimento a mandados de busca e apreensão, policiais militares perceberam movimentação suspeita e de fuga de CLAUDINEI.

Consta CLAUDINEI adentrou à residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, em frente ao n. 1.042, bairro Jardim Progresso e lograram êxito em encontrar 1 (uma) pistola, calibre .45, 2 (dois) carregadores e 12 (doze) munições, calibre .45, todas de uso restrito, que este possuía, mantinha sob sua guarda, detinha, tinha em depósito e ocultava sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Registro inicialmente que ocorreu a apreensão nos autos da arma, conforme termo de apreensão de **fl. 13 dos autos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072** e Laudo Pericial de **fls. 45-52 dos autos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072**.

A materialidade do crime ainda é demonstrada pelo reiterado depoimento dos policiais que efetuaram a prisão do réu (**fls. 7 e 8 dos autos apensos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072 e 2022 e 2023 dos autos principais**), os quais declararam que a arma, as munições e os carregadores pertenciam ao denunciado.

No mais, o Laudo de **fls. 45-52** é categórico em apontar que *“a arma de fogo em questão foi submetida à testes de eficiência e mostrou-se EFICAZ para o fim a que se destinava”*.

Da mesma forma, *“os cartuchos de munição em questão foram submetidos a testes de eficiência, utilizando-se a pistola motivo pericial, sendo que suas cargas foram deflagradas com uma única percussão das respectivas capsulas de espoletamento, mostrando-se EFICAZES para o fim a que se destinavam”*.

Em seu interrogatório judicial (**fls. 2218-2219**) CLAUDINEI negou os fatos contra si imputados. Alegou que a residência localizado na rua Argino Cordeiro, em frente ao n.º 1042 em que foi preso era de um amigo seu e que havia ido até aquele local para usar drogas. Disse que a arma e os carregadores com as munições não eram seus e que não sabe o nome do dono da casa.

Afirmou que no momento em que os policiais adentraram à residência estava usando drogas e que não estava tomando banho, tampouco sujo de lama. Relatou que não indicou o local em que a arma estava, tendo os policiais encontrado e falado que era dele.

Contudo, a autoria resta igualmente indene de controvérsia nos autos, seja pelos depoimentos dos policiais na fase extrajudicial **fls. 7 e 8 dos autos apensos n.º 0002114-85.2016.8.24.0072**, seja nas declarações destes em juízo (**fls. 2022 e 2023**).

No ponto, o policial militar Humberto afirmou que é lotado no BOPE e participou apenas da execução no dia da operação. Disse que tinham um local já definido pelo levantamento, em que haveria uma concentração de homens armados, que foram vistos durante o referido levantamento.

Relatou que sabiam de algumas pessoas que já foram identificadas e tinham a missão de realizar o que chamam dentro da operação de “assalto” ao local para identificar as pessoas que estavam armadas costumeiramente. Afirmou que quando chegaram para realizar a operação, verificaram que referidas pessoas não estavam naquele local que já havia sido identificado e começaram a fazer buscas na região.

Relatou que nas buscas visualizaram uma das pessoas a qual possuía mandado de prisão expedido em seu desfavor, sendo que essa encontrava-se na rua, tendo visualizado ainda diversas pessoas correndo, onde puderam perceber que uma dessas pessoas portava uma arma de fogo, sendo também detida. Esclareceu que a pessoa que estava com mandado de prisão em aberto era PATRICK e a segunda pessoa era algo semelhante a “Claudiomir”.

Afirmou que essa pessoa foi presa após buscas pelas imediações daquele local anteriormente indicado, onde seguiram pegadas, tendo chegado ao interior de uma residência, o qual se encontrava CLAUDINEI, sozinho.

Confirmou que foi apreendido um carregador de pistola .45 com munições, o qual estava embaixo de um colchão. Sendo CLAUDINEI indagado pelos policiais a respeito desse carregador, este orientou que havia uma pistola embaixo da casa, tendo o próprio policial entrado no local de difícil acesso e encontrado a pistola *Glock* .45, além de dois rádios comunicadores.

Disse, ainda, que a prisão de CLAUDINEI se deu após terem seguido uma movimentação de algumas pessoas e por ter chovido naquele dia, haviam pegadas que os levaram até o interior desta residência, onde encontrava-se CLAUDINEI na posse dessas.

Relatou que a visualização de CLAUDINEI não foi clara, que só viram um grupo de masculinos à frente e seguiram em direção a eles, com o intuito de haverem outros alvos com mandado de prisão em aberto, assim como ocorreu com PATRICK. Disse que nessa busca perceberam um rastro de lama em uma entrada de residência que os levaram ao encontro de CLAUDINEI.

Afirmou que seria muito difícil a localização da pistola sem indicação da pessoa que sabia do esconderijo. Disse que era uma casa alta e que tinha bastante entulho. Declarou que quando entraram na residência haviam roupas espalhadas, tendo os policiais chegado à conclusão que a pessoa, às pressas, se desfez delas. Naquele momento foram feitas buscas no interior da referida residência e na abordagem de CLAUDINEI este encontrava-se embaixo do chuveiro, na visão dos policiais, simulando estar ocupado tomando banho, já que para entrar embaixo da casa ele havia se sujado, em razão dos entulhos e da lama.

No ato, os milicianos adentraram ao banheiro por segurança e CLAUDINEI havia se abaixado e lesionado a testa no registro do chuveiro. Disse que o mesmo teve tempo de ele esconder a arma, pois primeiro desembarcaram da viatura e realizaram a prisão de PATRICK, para posteriormente irem ao encalço dos demais e entrarem na residência suspeita.

Por fim, afirmou que o total da apreensão foram dois carregadores, da marca *Glock*, calibre .45, com munições e a pistola com alteração com kit rajada, isso faz dela uma arma automática, senão seria semiautomática. Disse ainda que não se recorda se a numeração estava suprimida (fl. 2023).

O outro policial militar Josuel, que também realizou a prisão em flagrante do réu CLAUDINEI, afirmou que participou da operação, tendo corroborado as declarações prestadas pelo colega Humberto, descrevendo como se deu a prisão do réu CLAUDINEI (fl. 2022).

Assim, verifica-se que referidos policiais ficaram incumbidos de identificar quais pessoas faziam uso ostensivo de armas quando da realização do tráfico de drogas.

Veja-se que não havia um local específico, mas ao longo de uma rua com cerca de 800 metros. Os policiais então iniciaram uma varredura nas residências ali localizadas para realizar a prisão de eventuais pessoas que estariam na posse de algum armamento. Isso se dava em razão de que, no local, a Polícia Militar ter constatado indivíduos portando armas longas para fazer a contenção da organização criminosa.

Assim, diante de todas as provas colacionadas aos autos, não restam dúvidas de que o acusado CLAUDINEI de fato possuía os artefatos de uso restrito, infringindo o disposto no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Posse irregular de munição – art. 12, caput, do Estatuto do Desarmamento – Réu EDGAR VITOR DA ROSA

A denúncia trata de crime de posse irregular de munição para arma de fogo.

Consta que na data de 06/10/2016, na operação denominada RAGNAROK, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, policiais militares adentraram na residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, n. 965, bairro Jardim Progresso, de propriedade de EDGAR VITOR DA ROSA, lograram êxito em encontrar uma munição intacta, calibre .38, de uso permitido que este possuía e mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Registro inicialmente que ocorreu a apreensão nos autos da munição, conforme termo de apreensão de **fl. 11 dos autos apensos n.º 0002111-33.2016.8.24.0072** e Laudo Pericial de **fls. 110-115 dos autos apensos n.º 0002111-33.2016.8.24.0072**, além do Boletim de Ocorrência da Polícia Militar (**fls. 451-453 dos autos principais**).

A materialidade do crime ainda é demonstrada pelo reiterado depoimento dos policiais militares que efetuaram a prisão do denunciado EDGAR, tanto na fase policial, como em juízo (**fls. 5, 6, 2002 e 2003**), os quais confirmaram a apreensão da munição que o denunciado guardava em sua residência, mas também na própria confissão do réu em juízo (**fls. 2210-2211**).

Quanto à autoria, esta resta igualmente indene de controvérsia nos autos, seja pelos depoimentos dos policiais militares, seja pela confissão do denunciado.

O policial militar Cleverson (**fl. 2002**) relatou que participou da operação RAGNAROK e no cumprimento do mandado de busca e apreensão, o qual resultou na prisão em flagrante de EDGAR.

Disse que com ele foi encontrado uma porção de maconha, uma munição de revolver, calibre .38, dinheiro e uma balança de precisão.

Relatou que era um imóvel com duas residências e os materiais foram encontrados na residência em que ele se encontrava, tendo o denunciado afirmado na ocasião que estava residindo naquele local há poucos dias.

No mesmo norte, o policial militar Hauptli (**fl. 2003**) afirmou que é lotado em Tijucas e participou da operação RAGNAROK, tendo ficado incumbido de cumprir mandado de busca e apreensão na residência localizada na rua Osvaldo Argino Cordeiro, ao lado do n.º 965.

Disse que quando adentraram à residência havia um masculino dentro do quarto. Em busca pessoal, afirmou que nada foi encontrado com este.

Todavia, em buscas pela casa encontraram balança de precisão, maconha, dinheiro e uma munição de revólver, calibre 38.

Segundo relata o policial, a residência era alvo de investigação, já que era utilizada para a realização do tráfico de drogas, além da informação que naquele local haviam armas de fogo. Porém, estas últimas não foram encontradas.

Em seu interrogatório o réu confirmou que a munição era de sua propriedade, visto tê-la encontrado na rua e levado para dentro da residência, sem intenção da prática do referido delito (**fls. 2194-2195**).

Logo, não possuindo o réu autorização para a posse da munição de arma de fogo apreendida, a conduta narrada na exordial acusatória encontra, em tese, reverberação no tipo penal previsto no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/03, restando a ocorrência do crime isenta de dúvidas.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

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.

Ora, o porte ou posse de munição é conduta reconhecidamente típica, independentemente de estar acompanhada da arma de fogo.

PORTE. ILEGAL. ARMA. MUNIÇÃO.

A Turma, ao retomar o julgamento e por maioria, negou provimento ao agravo ao entendimento de que, para a caracterização do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, que revogou a Lei n. 9.437/1997, é irrelevante se a munição possui potencialidade lesiva, revelando-se desnecessária a realização de perícia. Precedentes citados: REsp 949.442-PB, DJ 10/12/2007, e REsp 941.526-RS, DJ 17/9/2007. **(STJ. AgRg no Resp. 917.040/SC**http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&xvalor=REsp%20917040**, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 29/4/2008).**

APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - VASTO ELENCO PROBATORIO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA LEI N. 10.826/03 - SUPOSTA OFENSA AOS PRINCIPIOS DA LESIVIDADE E DA OFENSIVIDADE - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - CONDENAÇÃO PRESERVADA - DOSIMETRIA - PENA CORPORAL IGUAL A UM ANO - SUBSTITUIÇÃO POR DUAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPROPRIEDADE - ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO - RECURSO NÃO PROVIDO. **(TJSC. Apelação Criminal n. 2013.021632-8, de Anchieta. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. J. 14/05/2013).**

PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORARIA. MATERIA QUE NÃO FOI ANALISADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DA CONDUTA. INTELIGENCIA DO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

I - A alegação de atipicidade da conduta decorrente da abolitio criminis temporária não pode ser conhecida, pois não foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, e o seu conhecimento por esta Corte levaria à indevida supressão de instância e ao extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal.

II - A objetividade jurídica da norma penal em comento transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia.

III - Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da lesividade da conduta de portar apenas a munição, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação.

IV - Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem. (STF. HC n. 113.295/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 13/11/2012)

Enfim, o porte ou a posse ilegal de munição para arma de fogo, seja ela de uso permitido ou restrito, é crime de perigo abstrato e de mera conduta, já que a capacidade de dano à incolumidade pública é presumida.

Por fim, não obstante ter sido apreendida apenas uma munição na posse do réu, não há que se aplicar ao presente caso o princípio da insignificância, conforme orientação recente dos Tribunais Superiores (STJ, Resp 1.735.871), tendo em vista que o réu integra organização criminosa, o que denota o alto grau de reprovabilidade de seu comportamento, a presença de periculosidade social da ação, a expressividade da lesão ao bem jurídico e a máxima ofensividade de sua conduta.

Assim, considerando que não há dúvidas de que a munição estava na posse do réu, sua condenação é medida que se impõe.

Não havendo mais fatos a serem analisados, passo à aplicação das penas correspondentes aos crimes cometidos.

Aplicação das penas

CRIME DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (art. 2º da Lei n.º 12.850/13).

1. ELISEU SENCA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou

seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 2306-67.2006.8.24.0072 - **fl. 3976**).

Presente também a agravante prevista no § 3º do art. 2º da Lei n.º 12.850/2013, uma vez que, consoante exaustivamente abordado alhures, o acusado ocupava franca posição de comando dentro da facção, submetendo os demais indivíduos às suas ordens em visível relação de subordinação.

De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas.

Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, com o aumento de 1/6 para cada agravante.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13).

Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 05 (cinco) anos, 09 meses (nove) e 03 (três) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução

processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo, inclusive de uso restrito das Forças Armadas.

A pena resta então definitivamente fixada em **08 (oito) anos, 07 (sete) meses e 19 (dezenove) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

2. JACIEL SENCA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local,

comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 91248-91.2007.8.27.0023 - **fl. 3979**).

Presente também a agravante prevista no § 3º do art. 2º da Lei n.º 12.850/2013, porquanto, consoante exaustivamente abordado na fundamentação, o acusado ocupava franca posição de comando dentro da facção, submetendo os demais indivíduos às suas ordens em visível relação de subordinação.

De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas.

Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão com o aumento de 1/6 para cada agravante.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13).

Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 05 (cinco) anos, 09 meses (nove) e 03 (três) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas e de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **08 (oito) anos, 07 (sete) meses e 19 (dezenove) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

3. ADRIANO DOS SANTOS MARIANO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante prevista no § 3º do art. 2º da Lei n.º 12.850/2013, porquanto, consoante exaustivamente abordado na fundamentação, o acusado ocupava franca posição de comando dentro da facção, submetendo os demais indivíduos às suas ordens em visível relação de subordinação.

De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas.

Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão com o aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 05 (cinco) anos e 14 (catorze) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

4. HELTON AFONSO PIFFER

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*).

O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sua **conduta social** deve ser valorada negativamente. Consta dos autos que o acusado dentro da unidade prisional fazia uso de aparelho celular para manter contato com os outros membros da organização criminosa, tendo inclusive afirmado em um desses diálogos que logo estaria de volta para ocupar seu posto. Tal circunstância demonstra total destemor e desrespeito à ordem estatal, além de conduta totalmente desregrada. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, conduta social e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 1078-47.2012 - **fl. 3985**).

De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas.

Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão com o aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 13 (treze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **22 (vinte e dois) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

5. RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados nesta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os

Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 04 (quatro) anos, 03 meses (três) e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

6. IZAQUE MACIEL FERNANDES

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada

à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução

processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

7. DANIEL ARMANDO ALVES

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

8. LAUREANO MARCOS COSTA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo,

submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra antecedentes criminais. Não há maiores informes sobre sua conduta social que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da personalidade do réu. A motivação também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As circunstâncias do crime demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo. A pena resta então definitivamente fixada

em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

9. JEFERSON MELLO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a

pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

10. PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*).

O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

11. THIEGO WILSON DA SILVA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Conseqüentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

12. ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*).

O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

13. THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados nesta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 04 (quatro) anos, 03 meses (três) e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

14. PAULO ROBERTO MACHADO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do

réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**,

com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

15. VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu registra **antecedente criminal**, porquanto possui condenação transitada em julgado pela prática de delito anterior ao apurado nestes autos, que não configura reincidência (autos n.º 2998-37.2004 – **fl. 4024**). Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto

o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 4531-16.2013 e n.º 5038-74.2013 - **fls. 4022-4023**). De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas. Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 13 (treze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **22 (vinte e dois) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

16. ZELI SANTANA JÚNIOR

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA*

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018). O réu não registra antecedentes criminais. Não há maiores informes sobre sua conduta social que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da personalidade do réu. A motivação também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As circunstâncias do crime demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência, uma vez que quando da prática do delito apurado nestes autos possuía condenação transitada em julgado pelo cometimento de outro crime (autos n.º 1901-16.2015.8.24.0072 – fl. 4031). Presente, de outro modo, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade. Por serem circunstâncias igualmente preponderantes, procedo a compensação, permanecendo a reprimenda em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 04 (quatro) anos, 03 meses (três) e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

17. CLAUDINEI MARCOS VENTURA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados nesta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como “Sem Terra”. Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiam adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime) fixo a

pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 04 (quatro) anos, 03 meses (três) e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 12 (doze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **21 (vinte e um) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

18. MARCIANO MEDEIROS PAZ

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade. Explico. A pena a ser aplicada ao réu deve ser justa para que seja efetiva. Consequentemente, deve corresponder a exata medida de sua culpabilidade, ou seja, deve ser individualizada e condizente com a conduta perpetrada, nos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição. No ponto, é notório que o grupo ao qual pertence o acusado (STR – Sem Terra) é bastante expressivo e extrapola em muito o conceito de organização criminosa. Aliás, não raras vezes é possível encontrar a sigla do grupo pichada nos muros da cidade, como expressão de comando e ostentação de poder. Logo, não se pode equiparar o indivíduo que se une a outros três elementos e juntos constituem organização criminosa àquele que integra facção de alta periculosidade, voltada à prática de delitos das mais diversas espécies, com organização que ultrapassa aquela exigida pela lei. A propósito, a organização STR criou na localidade em que está arraigada um poder paralelo, submetendo os moradores locais ao seu jugo, atemorizando aqueles que não desejam integrá-la e mantendo-os sob constante ameaça (*Nesse sentido: REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018*). O réu apresenta

antecedentes criminais, porquanto possui duas execuções penais decorrentes de condenações transitadas em julgado, as quais não configuram reincidência (PEC's n.º 0015368-87.2012.8.24.0033 e n.º 0001586-17.2012.8.24.0064). Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados nesta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. A organização criminosa de que faz parte o acusado está sediada principalmente no bairro Jardim Progresso, vulgarmente conhecido como "Sem Terra". Em razão da magnitude que alcançou dentro deste município, privou os moradores locais de diversos direitos fundamentais, ferindo a dignidade das pessoas de bem que lá também habitam. Digo isso porque estes foram privados de atendimento médico emergencial, já que ambulâncias do SAMU foram impedidas de entrar para prestar atendimento. Da mesma forma, Agentes Municipais de Saúde também não puderam circular nas residências para desempenhar suas atividades preventivas e promocionais de assistência. Ainda, o serviço dos Correios foi restringido, uma vez que os carteiros deixavam a correspondência em uma casa que fica na entrada do bairro, sendo que a distribuição era posteriormente realizada pelos próprios moradores. Não bastasse, ainda foram obstaculizados serviços de vigilância sanitária e de obras e até mesmo a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sequer os Oficiais de Justiça deste Juízo conseguiram adentrar no local, comprometendo imensamente a prestação jurisdicional. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (ação penal n.º 005.08.014085-2, PEC n.º 0115658-81.2014.8.24.0020).

De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas.

Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão com o aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes três causas especiais de aumento de pena.

A organização integrada pelo acusado também aliciava adolescentes (art. 2º, § 4º, I, da Lei n.º 12.850/13). Estes, consoante se verificou do farto conjunto probatório amealhado, dentre outras atividades, eram responsáveis por comunicar ao grupo o ingresso da autoridade policial no Bairro dominado pela facção. Por vezes portavam arma e chegavam inclusive a confrontar policiais.

Ainda, a facção STR constituía-se em verdadeira ramificação da organização notoriamente conhecida PGC, existindo forte conexão entre elas (art. 2º, § 4º, IV, da Lei n.º 12.850/13). Por tais motivos, a pena deve ser exasperada em 1/5, restando fixada em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Por derradeiro, vislumbro ainda a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13), suficientemente comprovada durante a instrução

processual. O aumento deve incidir em seu patamar máximo, visto que a organização dispunha de vasta quantidade de armas de considerável potencial lesivo.

A pena resta então definitivamente fixada em **08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias** de reclusão, diante da ausência de causas modificativas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 13 (treze) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **22 (vinte e dois) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (art. 33 da Lei n.º 11.343/06).

1. ELISEU SENCA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 2306-67.2006.8.24.0072). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão. Inexistem atenuantes a serem consideradas

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **07 (sete) anos, 08 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-

multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

2. JACIEL SENCA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 91248-91.2007.8.27.0023 - **fl. 3979**). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão. Inexistem atenuantes a serem consideradas

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **07 (sete) anos, 08 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

3. ADRIANO DOS SANTOS MARIANO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de

reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

4. HELTON AFONSO PIFFER

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sua **conduta social** deve ser valorada negativamente. Consta dos autos que o acusado dentro da unidade prisional fazia uso de aparelho celular para manter contato com os outros membros da organização criminosa, tendo inclusive afirmado em um desses diálogos que logo estaria de volta para ocupar seu posto. Tal circunstância demonstra total destemor e desrespeito à ordem estatal, além de conduta totalmente desregrada. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia

atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (conduta social e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 1078-47.2012 - fl. 3985). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 07 (sete) anos de reclusão. Inexistem atenuantes a serem consideradas

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06. Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes. Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 600 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **720 (setecentos e vinte) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

5. RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a culpabilidade (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra antecedentes criminais. Não há maiores informes sobre sua conduta social que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da personalidade do réu. A motivação também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As circunstâncias do crime demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

6. IZAQUE MACIEL FERNANDES

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

7. DANIEL ARMANDO ALVES

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

8. LAUREANO MARCOS COSTA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros

provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

9. JEFERSON MELLO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

10. PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

11. THIEGO WILSON DA SILVA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

12. ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia

eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

13. THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

14. PAULO ROBERTO MACHADO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

15. VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, porquanto possui condenação transitada em julgado pela prática de delito anterior ao apurado nestes autos, que não configura reincidência (autos n.º 2998-37.2004 – fl. 4024). Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (anteriores e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 4531-16.2013 e n.º 5038-74.2013 - fls. 4022-4023). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 07 (sete) anos de reclusão. Inexistem atenuantes a serem consideradas

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 600 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **720 (setecentos e vinte) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

16. DIVANI JOSÉ PEDROSO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **anteriores criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime**

demandam maior rigor. Embora o acusado tivesse sob sua guarda uma única espécie de entorpecente (maconha), a quantidade era considerável (aproximadamente 295g), justificando a exasperação da pena (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0001044-53.2018.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 30-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência, uma vez que quando da prática do delito apurado nestes autos possuía condenação transitada em julgado pelo cometimento de outro crime (PEC n.º 0002736-04.2015.8.24.0072). Presente, de outro modo, a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d” do Código Penal. Por serem circunstâncias igualmente preponderantes, procedo a compensação, permanecendo a reprimenda em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na terceira etapa inexistem causas especiais de aumento ou diminuição de pena, restando a pena definitivamente fixada em **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão**.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em **550 (seiscentos) dias-multa** e permanece inalterada diante da ausência de circunstâncias modificadoras, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado**, diante do quantum de pena aplicada e da reincidência.

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

17. ZELI SANTANA JÚNIOR

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência, uma vez que quando da prática do delito apurado nestes autos possuía condenação transitada em julgado pelo cometimento de outro crime (autos n.º 1901-16.2015.8.24.0072 – fl. 4031). Presente, de outro modo, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade. Por serem circunstâncias igualmente preponderantes, procedo a compensação, permanecendo a reprimenda em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

18. MAYCON RAFAEL DE OLIVEIRA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

19. CLAUDINEI MARCOS VENTURA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 550 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **660 (seiscentos e sessenta) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

20. MARCIANO MEDEIROS PAZ

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu apresenta **antecedentes criminais**, porquanto possui duas execuções penais decorrentes de condenações transitadas em julgado, as quais não configuram reincidência (PEC's n.º 0015368-87.2012.8.24.0033 e n.º 0001586-17.2012.8.24.0064). Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** demandam maior rigor. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, o que lhe permitia atingir o maior público possível, tanto que os lucros provenientes da mercancia eram vultosos (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0008429-82.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 09-08-2018**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (antecedentes criminais e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (ação penal n.º 005.08.014085-2, PEC n.º 0115658-81.2014.8.24.0020). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 07 (sete) anos de reclusão. Inexistem atenuantes a serem consideradas

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06. Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas, inclusive no momento de comercialização dos entorpecentes. Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 600 (seiscentos) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **720 (setecentos e vinte) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (art. 35 da Lei n.º 11.343/06).

1. ELISEU SENCA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos

indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 2306-67.2006.8.24.0072). Presente também a agravante tipificada no art. 62, I, do Código Penal, uma vez que, conforme arrazoado exaustivamente, o réu dirigia a atuação criminosa dos demais agentes (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0002028-15.2013.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 30-03-2017**). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Aumento de 1/6 para cada agravante. Inexistem atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **05 (cinco) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

Registro, por oportuno, que não há óbice na aplicação das causas de aumento previstas nos incisos IV e VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 concomitantemente aos crimes de tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35), uma vez que se tratam de delitos autônomos.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (**HC 183.441/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011; e HC 250.455/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016**).

Ainda, nesta vertente, registro que também não há *bis in idem* em relação a estas causas de aumento e aquelas previstas na Lei de Organização Criminosa, sendo perfeitamente possível a coexistência entre elas. A respeito, colhe-se de recente julgado Catarinense: **TJSC, Apelação Criminal**

n. 0019534-27.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 20-02-2018.

2. JACIEL SENCA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 91248-91.2007.8.27.0023 - fl. 3979). Presente também a agravante tipificada no art. 62, I, do Código Penal, uma vez que, conforme arrazoado exaustivamente, o réu dirigia a atuação criminosa dos demais agentes (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0002028-15.2013.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 30-03-2017**. Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Aumento de 1/6 para cada agravante. Inexistem atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **05 (cinco) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

3. ADRIANO DOS SANTOS MARIANO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sobre sua **conduta social**, é nítido que é voltada para a prática criminosa, porém, em razão do disposto na Súmula 444 do STJ, deixo de sopesá-la. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante tipificada no art. 62, I, do Código Penal, uma vez que, conforme arrazoadado exaustivamente, o réu dirigia a atuação criminosa dos demais agentes (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal n. 0002028-15.2013.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 30-03-2017**). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 13 (treze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

4. HELTON AFONSO PIFFER

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Sua **conduta social** deve ser valorada negativamente. Consta dos autos que o

acusado dentro da unidade prisional fazia uso de aparelho celular para manter contato com os outros membros da organização criminosa, tendo inclusive afirmado em um desses diálogos que logo estaria de volta para ocupar seu posto. Tal circunstância demonstra total destemor e desrespeito à ordem estatal, além de conduta totalmente desregrada. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (conduta social e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 1078-47.2012 - **fl. 3985**). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão. Aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **05 (cinco) ano e 14 (catorze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **1008 (mil e oito) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

5. RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível

e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

6. IZAQUE MACIEL FERNANDES

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a culpabilidade (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra antecedentes criminais. Não há maiores informes sobre sua conduta social que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da personalidade do réu. A motivação também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As circunstâncias do crime justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminoso atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

7. DANIEL ARMANDO ALVES

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

8. LAUREANO MARCOS COSTA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

9. JEFERSON MELLO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório

produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

10. PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

11. THIEGO WILSON DA SILVA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 anos, 03 meses e 18 dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

12. ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

13. THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório

produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

14. PAULO ROBERTO MACHADO

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminoso atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

15. VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu registra **antecedente criminal**, porquanto possui condenação transitada em julgado pela prática de delito anterior ao apurado nestes autos, que não configura reincidência (autos n.º 2998-37.2004 – **fl. 4024**). Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (conduta social e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (autos n.º 4531-16.2013 e n.º 5038-74.2013 - **fls. 4022-4023**). De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas. Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão. Aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **05 (cinco) anos e 14 (catorze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **1008 (mil e oito) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

16. ZELI SANTANA JÚNIOR

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência, uma vez que quando da prática do delito apurado nestes autos possuía condenação transitada em julgado pelo cometimento de outro crime (autos n.º 1901-16.2015.8.24.0072 – **fl. 4031**). Presente, de outro modo, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade. Por serem circunstâncias igualmente preponderantes, procedo a compensação, permanecendo a reprimenda em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

17. CLAUDINEI MARCOS VENTURA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **03 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 770 (setecentos e setenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **924 (novecentos e vinte e quatro) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

18. MARCIANO MEDEIROS PAZ

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu apresenta **antecedentes criminais**, porquanto possui duas execuções penais decorrentes de condenações transitadas em julgado, as quais não configuram reincidência (PEC's n.º 0015368-87.2012.8.24.0033 e n.º 0001586-17.2012.8.24.0064). Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, possibilitando à associação criminosa atingir o maior público possível e, conseqüentemente, alcançar lucros exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto

probatório produzido (nesse sentido: **TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042829-7, de Gaspar, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2015**). As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo duas circunstâncias desfavoráveis (antecedentes criminais e circunstâncias do crime) fixo a pena base em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Aumento de 1/10 para cada circunstância desabonadora.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (ação penal n.º 005.08.014085-2, PEC n.º 0115658-81.2014.8.24.0020). Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão. Aumento de 1/6.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **05 (cinco) anos e 14 (catorze) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **1008 (mil e oito) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

CRIME DE COLABORAÇÃO AO TRÁFICO (art. 37 da Lei n.º 11.343/06).

MAYCON RAFAEL DE OLIVEIRA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta) não justifica a exasperação da pena. O réu não registra **antecedentes criminais**. Não há maiores informes sobre sua **conduta social** que possam ser sopesados esta etapa da pena. Não existem elementos indicadores da **personalidade** do réu. A **motivação** também é inerente ao tipo, ou seja, a prática de delitos e a obtenção de vantagens. As **circunstâncias do crime** justificam a exasperação da pena. O acusado desempenhava a função de informante em organização cujo comércio de drogas envolvia diversos entorpecentes, dentre eles maconha, crack, cocaína e ecstasy, sendo que os lucros obtidos eram exorbitantes, consoante demonstrou o conjunto probatório produzido. Ademais, sua atuação propiciava à associação criminosa maior tranquilidade no desempenho de suas atividades e certamente, por vezes, frustrava a ação policial. As **consequências** foram normais ao delito. Não há **comportamento** da vítima a ser sopesado.

Assim, sendo uma circunstância desfavorável (circunstâncias do crime) fixo a pena base em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem ponderadas.

Na terceira etapa, presentes duas causas especiais de aumento, previstas no art. 40, IV e VI, da Lei n.º 11.343/06.

Consoante já asseverado, o comércio de drogas era feito com a participação de adolescentes, os quais atuavam nas mais variadas funções e com o emprego ostensivo de armas.

Desta feita, a pena há de ser aumentada em 1/5, totalizando **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**. Inexistem causas de diminuição da pena a serem ponderadas.

A multa-tipo básica (art. 49, c/c art. 59), fica estabelecida em 330 (trezentos e trinta) dias-multa. Contudo, em razão das causas especiais de aumento, fixo-a em definitivo em **396 (trezentos e noventa e seis) dias-multa**, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, atualizado monetariamente, à míngua de modificativos.

CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (art. 12 da Lei n.º 10.826/03).

LAUREANO MARCOS COSTA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico normal a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta). O réu é primário e não ostenta **antecedentes** criminais. Não há elementos acerca da **conduta social** ou **personalidade** da ré. A **motivação** do crime está ligada, provavelmente, à segurança pessoal e da organização criminosa de que faz parte. As **circunstâncias** não alcançaram maior relevo, assim como quanto às **consequências**. Não há **comportamento da vítima** a ser sopesado.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 01 (um) ano de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos, ante a situação financeira do acusado.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, a qual reconheço mas deixo de considerar para efeitos de diminuição da pena, porquanto esta já se encontra no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na última etapa, não existem causas especiais de aumento ou de diminuição a serem consideradas, razão pela qual torno definitiva a pena de **01 (um) ano de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos**.

EDGAR VITOR DA ROSA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico normal a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta). O réu registra **antecedente criminal**, todavia, por configurar reincidência, somente será utilizado na fase seguinte, a fim de evitar *bis in idem* (Súmula 241 do STJ). Não há elementos acerca da **conduta social** ou **personalidade** da ré. A **motivação** do crime está ligada,

provavelmente, à segurança pessoal e da organização criminosa de que faz parte. As **circunstâncias** não alcançaram maior relevo, assim como quanto às **consequências**. Não há **comportamento da vítima** a ser sopesado.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 01 (um) ano de detenção e pagamento de 10(dez) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos, ante a situação financeira do acusado.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência, uma vez que quando da prática do delito apurado nestes autos possuía condenação transitada em julgado pelo cometimento de outro crime (autos n.º 1172336.2015.8.24.0005 – **fl. 4030**). Presente, de outro modo, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade. Por serem circunstâncias igualmente preponderantes, procedo a compensação, permanecendo a reprimenda em 01 (um) ano de detenção.

Na última etapa, não existem causas especiais de aumento ou de diminuição a serem consideradas, razão pela qual torno definitiva a pena de **01 (um) ano de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos**.

O regime inicial de cumprimento da pena é o **semiaberto**, nos termos da Súmula 269 do STJ.

A reincidência inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

O acusado está segregado desde 07/10/2016, portanto, até a presente data verifico que possui tempo de prisão cautelar suficiente para extinguir a pena que ora lhe é imposta, em razão do integral cumprimento, nos termos do § 2º do art. 387 do CPP.

CRIME DE POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI N.º 10.826/03).

CLAUDINEI MARCOS VENTURA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico normal a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta). O réu não conta com **antecedentes**. Não há elementos acerca da **conduta social** ou **personalidade** do réu. A **motivação** do crime não restou descortinada. As **circunstâncias** justificam o aumento da pena, porquanto além da pistola .45, foram apreendidas 12 munições e dois carregadores, o que demonstra nitidamente maior potencialidade lesiva e poder de alcance (nesse sentido: **Ap. Crim. 0010295-77.2015.8.24.0018, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29.11.16**). Assim, aumento a pena em 1/10, fixando-a nesta fase em 03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na fase intermediária, inexistem agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na última etapa, não existem causas a serem consideradas, razão pela qual torno definitiva a pena de **03 (três) anos, 03 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos**.

MARCIANO MEDEIROS PAZ

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico normal a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta). O réu apresenta **antecedentes criminais**, porquanto possui duas execuções penais decorrentes de condenações transitadas em julgado, as quais não configuram reincidência (PEC's n.º 0015368-87.2012.8.24.0033 e n.º 0001586-17.2012.8.24.0064). Não há elementos acerca da **conduta social** ou **personalidade** do réu. A **motivação** do crime não restou descortinada. As **circunstâncias** justificam o aumento da pena, porquanto além da pistola Glock 9mm, foram apreendidas munições e carregadores, o que demonstra nitidamente maior potencialidade lesiva e poder de alcance (nesse sentido: **Ap. Crim. 0010295-77.2015.8.24.0018, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29.11.16**). Assim, aumento a pena em 1/5, diante da presença de duas circunstâncias desfavoráveis (antecedentes e circunstâncias do crime), fixando-a nesta fase em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (ação penal n.º 005.08.014085-2, PEC n.º 0115658-81.2014.8.24.0020). De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas. Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, com o aumento de 1/6.

Na última etapa, não existem causas a serem consideradas, razão pela qual torno definitiva a pena de **04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos.**

CRIME DE RECEPÇÃO (ART. 180, § 6º, DO CÓDIGO PENAL).

LAUREANO MARCOS COSTA

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico normal a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta). O réu é primário e não ostenta **antecedentes** criminais. Não há elementos acerca da **conduta social** ou **personalidade** da ré. A **motivação** do crime está ligada, provavelmente, à segurança pessoal e da organização criminoso de que faz parte. As **circunstâncias** não alcançaram maior relevo, assim como quanto às **consequências**. Não há **comportamento da vítima** a ser sopesado.

Não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na fase intermediária, inexistem circunstâncias agravantes. Presente, porém, a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, uma vez que à época dos fatos o acusado contava com menos de 21 anos de idade, a qual reconheço mas deixo de considerar para efeitos de diminuição da pena, porquanto esta já se encontra no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Não há causas de especial aumento ou diminuição de pena, razão pela qual torno a reprimenda definitiva em **02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos.**

CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO PRATICADO (ART. 304 C/C 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL)

MARCIANO MEDEIROS PAZ

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico normal a **culpabilidade** (grau de reprovabilidade da conduta). O réu apresenta **antecedentes criminais**, porquanto possui duas execuções penais decorrentes de condenações transitadas em julgado, as quais não configuram reincidência (PEC's n.º 0015368-87.2012.8.24.0033 e n.º 0001586-17.2012.8.24.0064). Não há elementos acerca da **conduta social** ou **personalidade** da ré. A **motivação** do crime está ligada, provavelmente, à segurança pessoal e da organização criminosa de que faz parte. As **circunstâncias** não alcançaram maior relevo, assim como quanto às **consequências**. Não há **comportamento da vítima** a ser sopesado.

Havendo uma circunstância judicial desfavorável (antecedentes criminais), fixo a pena em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Aumento de 1/10.

Na fase intermediária, presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), porquanto o réu possui condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior aos apurados nestes autos (ação penal n.º 005.08.014085-2, PEC n.º 0115658-81.2014.8.24.0020). De outro modo, inexistem circunstâncias atenuantes a serem sopesadas. Logo, a pena resta fixada, nesta etapa intermediária, em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, com o aumento de 1/6.

Não há causas de especial aumento ou diminuição de pena, razão pela qual torno a reprimenda definitiva em **02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos.**

DO CONCURSO DE CRIMES

Diante de todo o contexto ora exposto, resta evidente que os acusados, mediante mais de uma ação, com desígnios autônomos, perpetraram mais de um delito.

Logo, em obediência ao disposto no art. 69 do Código Penal, deve ser reconhecido entre eles o concurso material, somando-se as reprimendas. A propósito, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: **TJSC, Apelação Criminal n. 0013778-37.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 26-09-2017.**

Registro que [...] *os crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas são crimes autônomos, porquanto a descrição típica de cada um deles se caracteriza por elementares específicas e distintas. Assim, não há falar em continuidade delitiva entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas, porquanto não são da mesma espécie.* (AgRg no REsp 1443183/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018).

O mesmo ocorre em relação ao crime de organização criminosa, delito autônomo e de espécie totalmente distinta.

Não bastasse, uma vez evidenciada a reiteração delitiva, indicativa de delinquência habitual, não tem cabimento o reconhecimento do instituto do crime continuado (nesse sentido: **REsp 1655072/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 20/02/2018**).

1. ELISEU SENCA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscientos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

2. JACIEL SENCA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscientos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

3. ADRIANO DOS SANTOS MARIANO

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **18 (dezoito) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscientos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

4. HELTON AFONSO PIFFER

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além de 1750 (mil setecentos e cinquenta) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

5. RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **17 (dezesete) anos e 13 (treze) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

6. IZAQUE MACIEL FERNANDES

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **15 (quinze) anos de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

7. DANIEL ARMANDO ALVES

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **15 (quinze) anos de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

8. LAUREANO MARCOS COSTA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas, associação para o tráfico, posse de arma de fogo e receptação, tem-se o total de **18 (dezoito) anos de reclusão, além de 1635 (mil seiscentos e trinta e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

9. JEFERSON MELLO

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **17 (dezessete) anos e 13 (treze) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

10. PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **15 (quinze) anos de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

11. THIAGO WILSON DA SILVA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **15 (quinze) anos de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

12. ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **15 (quinze) anos de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

13. THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **17 (dezesete) anos e 13 (treze) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

14. PAULO ROBERTO MACHADO

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **15 (quinze) anos de reclusão, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

15. VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além de 1750 (mil setecentos e cinquenta) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

16. ZELI SANTANA JÚNIOR

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas e associação para o tráfico, tem-se o total de **17 (dezesete) anos e 13 (treze) dias de reclusão, além de 1605 (mil seiscientos e cinco) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

17. MAYCON RAFAEL DE OLIVEIRA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de tráfico de drogas e colaboração eventual ao tráfico, tem-se o total de **09 (nove) anos, 02 (dois) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, além de 1056 (mil e cinquenta e seis) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

18. CLAUDINEI MARCOS VENTURA

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse de arma de fogo de uso restrito, tem-se o total de **20 (vinte) anos, 04 (quatro) meses e 01 (um) dia de reclusão, além de 1616 (mil seiscientos e dezesseis) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

19. MARCIANO MEDEIROS PAZ

Unificadas as penas cominadas aos delitos de integrar organização criminosa, tráfico de drogas, associação para o tráfico, posse de arma de fogo de uso restrito e uso de documento falso, tem-se o total de **28 (vinte e oito) anos, 04 (quatro) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, além de 1773 (mil setecentos e setenta e três) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento da pena é o **fechado** (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal).

A quantidade de pena aplicada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP) e a concessão do sursis (art. 77 do CP).

Inviável, neste momento, o uso do tempo de prisão cautelar para os fins previstos no § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, eis que o tempo de prisão cautelar que o réu possui a detrair não é capaz de lhe transferir para o regime semiaberto.

Ante o exposto e do que mais dos autos consta (incluindo todos processos apensos e os CD’s anexos aos laudos periciais juntados), JULGO PROCEDENTE EM PARTE os pedidos da denúncia para:

a) **CONDENAR** o réu **ELISEU SENCA**, vulgo Avatar, brasileiro, convivente em união estável, natural de Rio Azul/PR, nascido em 27/12/1985, portador da cédula de identidade n. 5.425.256, filho de Emília da Rosa Senca e Cláudio Senca, à pena de 21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

b) **CONDENAR** o réu **JACIEL SENCA**, vulgo Rolex, A1, Patatá ou Nene, brasileiro, convivente em união estável, natural de Rio Azul/PR, nascido em 10/10/1988, inscrito no CPF sob o n. 070.966.969-03, filho de Emília da Rosa Senca e Cláudio Senca, à pena de 21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

c) **CONDENAR** o réu **ADRIANO DOS SANTOS MARIANO**, vulgo Mariano ou Corolla, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 10/8/1994, inscrito no CPF sob o n. 097.288.449-13, filho de Lindamir dos Santos e José Odirlei Antunes Mariano, à pena de 18 (dezoito) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §3º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

d) **CONDENAR** o réu **HELTON AFONSO PIFFER**, vulgo Toé ou G3, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 16/1/1994, portador da cédula de identidade n. 6.515.332, filho de Sandra da Silva e Afonso César Piffer, à pena de 21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1750 (mil setecentos e cinquenta) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

e) **CONDENAR** o réu **RICHARD LESSEDIR CLÁUDIO**, brasileiro, solteiro, natural de Santos/SP, nascido em 6/1/1995, portador da cédula de identidade n. 6.443.645, filho de Sebastiana Lessedir Pedro Cláudio e Antônio João Cláudio, à pena de 17 (dezesete) anos e 13 (treze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

f) **CONDENAR** o réu **IZAQUE MACIEL FERNANDES**, vulgo Ninho, brasileiro, solteiro, natural de Candói/PR, nascido em 30/9/1996, portador da cédula de identidade n. 6.253.886, filho de Helena Ávila Maciel Fernandes e Ildo Fernandes, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

g) **CONDENAR** o réu **DANIEL ARMANDO ALVES**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Florianópolis/SC, nascido em 17/10/1997, inscrito no CPF sob o n. 096.903.789-96, filho de Rosa Maria Martins e Manoel Francisco Alves, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

h) **CONDENAR** o réu **LAUREANO MARCOS COSTA**, vulgo Lobo ou “Lobi”, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 14/5/1996, filho de Armezina Moreira da Silveira e Antônio Costa, à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1635 (mil seiscentos e trinta e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, art. 180, § 6º do CP e art. 12 da Lei 10.826/03, e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

i) **CONDENAR** o réu **JEFERSON MELLO**, vulgo Jeff, brasileiro, solteiro, natural de Balneário Camboriú/SC, nascido em 9/8/1993, filho de Angelita Mello, à pena de 17 (dezessete) anos e 13 (treze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

j) **CONDENAR** o réu **PATRICK DE OLIVEIRA LEANDRO**, brasileiro, solteiro, natural de Criciúma/SC, nascido em 20/4/1997, inscrito no CPF sob o n. 104.547.039-29, filho de Elenita Marian de Oliveira e Claudemir Alves Leandro, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

l) **CONDENAR** o réu **THIEGO WILSON DA SILVA**, brasileiro, solteiro, natural de

Camboriú/SC, nascido em 11/11/1995, inscrito no CPF sob o n. 107.765.649-19, filho de Cleusa Roselindo e Joilson Rangel de Lima, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

m) **CONDENAR** o réu **ERLANDO JUNIOR RODRIGUES DE CAMPOS**, vulgo Catraca, brasileiro, solteiro, natural de Chapecó/SC, nascido em 4/1/1997, inscrito no CPF sob o n. 105.796.319-40, filho de Elci Rodrigues de Bairros e Edemar Alves de Campos, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

n) **CONDENAR** o réu **THIAGO GONÇALVES DE AZEVEDO**, brasileiro, solteiro, natural de Itajaí/SC, nascido em 25/3/1994, filho de Sandra Gonçalves e Marcos Aurélio Azevedo, à pena de 17 (dezesete) anos e 13 (treze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

o) **CONDENAR** o réu **PAULO ROBERTO MACHADO**, vulgo Preto Machado, brasileiro, solteiro, natural de Florianópolis/SC, nascido em 10/4/1997, portador da cédula de identidade n. 5.145.655, filho de Elisângela da Silva e Edoson Eleatar Machado, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

p) **CONDENAR** o réu **VANDERLEI LOURIVAL DA SILVA**, vulgo Pokemon, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 1/1/1986, portador da cédula de identidade n.

5.559.344, filho de Rosa Machado da Silva e Lourival da Silva, à pena de 21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1750 (mil setecentos e cinquenta) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

q) **CONDENAR** o réu **DIVANI JOSÉ PEDROSO**, brasileiro, viúvo, natural de Palmital/PR, nascido em 7/4/1991, filho de Maria Rosa Pedroso e Zico Pedroso, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 550 (seiscentos) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06, 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

r) **CONDENAR** o réu **ZELI SANTANA JÚNIOR**, vulgo Dinho, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 13/11/1996, inscrito no CPF sob o n. 111.133.639-32, filho de Solange Aparecida Pereira e Zeli Santana, à pena de 17 (dezesete) anos e 13 (treze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1605 (mil seiscentos e cinco) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

s) **CONDENAR** o réu **MAYCON RAFAEL DE OLIVEIRA**, brasileiro, solteiro, natural de Curitiba/PR, nascido em 19/5/1993, filho de Márcia Pereira dos Santos e Marlon José de Oliveira, à pena de 09 (nove) anos, 02 (dois) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1056 (mil e cinquenta e seis) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos artigos art. 33, caput, e 37, caput, c/c 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06, e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos artigos 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

t) **CONDENAR** o réu **CLAUDINEI MARCOS VENTURA**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 29/10/1993, inscrito no CPF sob o n. 094.528.339-39, filho de Luciana

Silveira Ventura e Valdinei Ventura, à pena de 20 (vinte) anos, 04 (quatro) meses e 01 (um) dia de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, § 2º c/c § 4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06 e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

u) **CONDENAR** o réu **MARCIANO MEDEIROS PAZ**, vulgo Mutante, brasileiro, solteiro, natural de São Lourenço do Oeste/SC, nascido em 13/11/1987, filho de Ivete Medeiros Paz, à pena de 28 (vinte e oito) anos, 04 (quatro) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1773 (mil setecentos e setenta e três) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, por infração aos arts. 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 16, caput, da Lei 10.826/03 e art. 304 c/c art. 297, ambos do Código Penal; e ABSOLVÊ-LO da acusação referente aos crimes dos arts. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes) e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

v) **ABSOLVER** o réu **JOILSON RANGEL DE LIMA JÚNIOR**, brasileiro, solteiro, natural de Camboriú/SC, nascido em 11/11/1995, inscrito no CPF sob o n. 107.765.649-19, filho de Cleusa Roselindo e Joilson Rangel de Lima, da acusação referente aos crimes dos artigos 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

x) **ABSOLVER** o réu **ARTUR CARLOS PIAREZZER**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 6/7/1998, inscrito no CPF sob o n. 106.025.769-62, filho de Silvana Nunes Pereira Pianezzer e Carlos Alberto Pianezzer, da acusação referente aos crimes dos artigos 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por duas vezes); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP;

z) **CONDENAR** o réu **EDGAR VITOR DA ROSA**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Guarapuava/PR, nascido em 7/5/1997, inscrito no CPF sob o n. 107.200.809-24, filho de Maria Aparecida da Rosa, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime inicialmente semiaberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário

mínimo vigente à época do crime, por infração ao art. 12, caput, da Lei 10.826/03, desde já **DECLARADA EXTINTA** em razão do cumprimento pela detração penal (§ 2º do art. 387 do CPP), e **ABSOLVÊ-LO** da acusação referente aos crimes dos artigos 2º, §2º c/c §4º, incs. I e IV, da Lei n. 12.850/13; art. 35 c/c art. 40, incs. IV e VI, ambos da Lei n. 11.343/06; art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (por doze vezes); art. 33, §1º, inc. II, da Lei n. 11.343/06; art. 12 da Lei n. 10.826/03 (por uma vez); e art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII do CPP.

DETERMINO a expedição, **COM URGÊNCIA**, de **ALVARÁ DE SOLTURA** em favor dos acusados **ARTUR CARLOS PIAREZZER**, brasileiro, solteiro, natural de Tijucas/SC, nascido em 6/7/1998, inscrito no CPF sob o n. 106.025.769-62, filho de Silvana Nunes Pereira Pianezzer e Carlos Alberto Pianezzer e **EDGAR VITOR DA ROSA**, brasileiro, convivente em união estável, natural de Guarapuava/PR, nascido em 7/5/1997, inscrito no CPF sob o n. 107.200.809-24, filho de Maria Aparecida da Rosa, devendo ser postos em liberdade se por outro motivo não estiverem presos.

DETERMINO ainda a expedição, **COM URGÊNCIA**, de **CONTRAMANDADO de PRISÃO** em favor de **JOILSON RANGEL DE LIMA JÚNIOR**, brasileiro, solteiro, natural de Camboriú/SC, nascido em 11/11/1995, inscrito no CPF sob o n. 107.765.649-19, filho de Cleusa Roselindo e Joilson Rangel de Lima.

Em relação aos demais acusados (**ELISEU, JACIEL, ADRIANO MARIANO, HELTON, RICHARD, IZAQUE, DANIEL, LAUREANO, JEFERSON, PATRICK, THIEGO, ERLANDO, THIAGO, PAULO, VANDERLEI, DIVANI, EDGAR, ZELI, MAYCON, CLAUDINEI e MARCIANO**) condenados, **NEGO** o apelo em liberdade.

Os réus foram condenados em crimes equiparados à hediondo e desde o flagrante ou cumprimento dos mandados de prisão (seja temporária e depois preventivas) a segregação foi mantida, mesmo após a impetração de vários *habeas corpus* por diversos dos acusados, de sorte que responderam presos (ou com mandado de prisão preventiva pendente de cumprimento) durante todo o processamento da ação penal.

É certo que até o trânsito em julgado da presente sentença condenatória todos eles ostentarão a presunção de inocência constitucionalmente assegurada, sendo que por esse justo motivo a prisão cautelar não poderia ser mantida simplesmente para promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, uma vez que esta não é a finalidade da segregação provisória.

Na prisão cautelar avalia-se a possibilidade de ter ocorrido um crime e de ele ser imputável a alguém, como se apura a necessidade da constrição imediata da liberdade, mercê do afastamento de plano do réu do convívio social.

No caso concreto, considero que permanecem hígidos os fundamentos da prisão preventiva decretada às fls. 706-733, já que, confirmados na sentença os pressupostos que ensejaram a segregação, a necessidade da prisão dos acusados destina-se a garantir a ordem pública, impedindo que, ainda pendente o processo, continuem a cometer crimes.

Absolutamente ninguém na Comarca desconhece que desde a Operação Ragnarok o tráfico de drogas, paulatinamente nesses dois anos, foi perdendo força na localidade de Jardim Progresso. Isso, destaco, mesmo enquanto foragidos os três líderes daquela organização criminosa (ELISEU até novembro de 2017, JACIEL e ADRIANO MARIANO até poucos meses atrás).

Verdade que outras prisões por tráfico foram realizadas no local. Aliás, até ocorreram confrontos com a Polícia Militar com mortes de outros supostos traficantes, isso, repito, enquanto JACIEL e ADRIANO MARIANO estavam foragidos. Aparentemente, era a tentativa daqueles de restabelecer no local a rotina de tráfico então observada antes daquela operação, mercê do recrutamento de outros agentes para o crime.

Contudo, desde a prisão de JACIEL e ADRIANO MARIANO não se tem notícias de pessoas armadas nas via públicas daquele lugar ou do tráfico sendo realizados à luz do dia em vários pontos. Apenas uma única prisão foi realizada pela Polícia Militar, desde então, mais precisamente de um indivíduo trazendo drogas discretamente em uma jaqueta.

Claro que os oficiais de justiça ainda não se sentem seguros para diligenciar no local. Mas já podem entrar no lugar (ao menos até a metade das duas ruas) sem serem abordados por indivíduos armados. Assim também, estimo, o SAMU e os Conselheiros Tutelares. Igualmente a Polícia Civil e Militar não fazem referência à presença de homens armados à luz do dia.

A soltura dos condenados, portanto, seria medida diametralmente oposta daquilo que se espera do Poder Judiciário, tanto depois daquela acertada operação policial que restabeleceu a ordem pública no local (após anos do domínio do tráfico), como da própria condenação dos integrantes da organização criminosa que promovia o tráfico e outros delitos no lugar.

Inexiste, assim, mínima dúvida que a concessão do apelo em liberdade dos condenados colocaria em xeque a imagem do Judiciário, em um sentimento claro de descrédito, dada a possibilidade concreta dos acusados, que por muito tempo traficavam no lugar (e muitos dos quais sequer possuem ocupação lícita demonstrada nos autos), de restabelecerem a rotina de crimes, abalando de maneira evidente a ordem pública e a paz das pessoas de bem que residem naquela localidade.

Não é possível, enfim, permitir que traficantes voltem a dominar e ditar a rotina dos moradores da localidade de Jardim Progresso. Para isso, estimo, serve a presente decisão que, negando o apelo em liberdade daqueles apontados por robusta prova como criminosos, deve prestigiar a garantia da ordem pública.

DETERMINO então a expedição mandado de prisão, conforme as determinações do BNMP 2.0, bem como PEC's provisórios (aos quais devem ser juntados os respectivos PAD's de fls. 2233-2252, 2253-2272).

Considerando a quantidade de audiências realizadas, bem como de acusados representados, além da própria complexidade do feito, FIXO os honorários, para cada um dos nobres defensores dativos que apresentaram as alegações finais e participaram da instrução

processual (Gelciney Rodrigo Silvestre, Paulo Roberto Abdala e Anísio do Nascimento), em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A presente decisão que fixa os honorários serve como título executivo judicial contra a Fazenda Estadual, conforme pacífica jurisprudência (STJ - REsp 1201674/SP, AgRg no AREsp 173920/PE, AgRg no REsp 1347595/SE, AgRg no REsp 1350442/ES, REsp 935187/ES, REsp 871543/ES).

Quanto às armas de fogo e munições apreendidas, o Cartório deve observar o Manual de Bens Apreendidos do CNJ (“Armas e Munições”).

As drogas devem ser, se já não foram, incineradas.

Todos os outros objetos ligados ao tráfico (balanças, celulares etc) e apreendidos nos autos, dado o pelo caráter ilícito, devem ser destruídos, lavrando-se termo nos autos.

O numerário apreendido e depositado em juízo, como proveito do tráfico, deve ser revertido ao Fundo Nacional Antidrogas, gerenciado pela União, atendidas as disposições do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça.

Quanto ao equipamento de gravação apreendido na residência do réu ELISEU, AUTORIZO a doação (como perdimento) ao Instituto Geral de Perícias, como requerido (fl. 2950).

ACOLHO a manifestação do Ministério Público lançada nas alegações finais e DETERMINO a extração de cópia dos laudos periciais de fls. 2421-2451, 2757-2762 e 2763-2768 e CD's anexos, referentes aos celulares de JACIEL SENCA, MARCIANO MEDEIRO e Shayane, com a remessa à Delegacia de Polícia, a fim de que seja apurado o crime do artigo 2º da Lei n. 12.850/13, em relação à organização criminosa “PGC”.

ACOLHO também a manifestação do Ministério Público lançada nas alegações finais e DETERMINO a extração de cópia do laudo pericial de fls. 2381-2400 e CD anexo referente ao celular do réu THIAGO, com a remessa à Delegacia de Polícia, a fim de que seja apurado o crime do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

P.R.I.

Transitada em julgado, DETERMINO que o Cartório lance o nome dos réus condenados no rol dos culpados, expeça-se PEC definitivo e comunique-se à Egrégia Corregedoria Geral de Justiça e à Justiça Eleitoral, além tomar todas as providências prescritas no Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça.

Tudo feito, archive-se os autos.

Tijucas (SC), 28 de setembro de 2018.

Mônani Menine Pereira
Juiz de Direito



ARTIGOS

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO MEIO-AMBIENTE NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maximiliano Losso Bunn¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo é trabalhar o instituto da Mediação como instrumento de tutela do Meio-Ambiente no cenário jurídico brasileiro, segundo o disposto na Lei n. 13.140/15, e demonstrar sua aplicação entre particulares, como meio de solução de controvérsias, e enquanto ferramenta legal para a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Parte-se da premissa de que o sistema adversarial de solução de demandas não mais comporta quantitativamente as lides apresentadas ao Poder Judiciário Brasileiro, consoante estudos feitos e cujos resultados serão aqui considerados. A justificativa para tratar deste assunto decorre da importância do Meio Ambiente enquanto bem jurídico, inclusive protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil. A base doutrinária empregada diz respeito, principalmente, à doutrina e aos estudos acerca da temática da Mediação e dos resultados obtidos sobre a atuação do Poder Judiciário no contexto brasileiro.

ABSTRACT: The purpose of this article is to work the Mediation Institute as an instrument to protect the Environment in the Brazilian legal scenario, according to the provisions of Law no. 13.140 / 15, and to demonstrate its application among individuals, as a means of dispute settlement, and as a legal tool for the self-determination of conflicts within the Public Administration. It starts from the premise that the adversarial system of solution of demands no longer bears quantitatively the litigation presented to the Brazilian Judiciary, according to studies done and whose results will be considered here. The justification for dealing with this issue stems from the importance of the Environment as a legal good, even protected by the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The doctrinal basis employed mainly concerns the doctrine and studies about the thematic of Mediation and the results obtained on the Judiciary Power 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 brasileira 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 no contexto jurídico brasileiro. Considerações finais. Bibliografia

¹ 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

INTRODUÇÃO

O objetivo (ou referente) do presente trabalho consiste em evidenciar, em um primeiro momento, que a sistemática brasileira de Acesso à Justiça^{2 3}, premissa necessária para a concretização da Atividade Jurisdicional⁴, não é mais capaz de recepcionar e tratar quantitativamente os Conflitos⁵ surgidos na Sociedade Contemporânea⁶ 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 Justiça⁷, 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 Efetividade⁸ 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.

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,

2 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 (2015)].

3 No presente trabalho a expressão “Acesso à Justiça” será empregada unicamente como sinônimo de acesso instrumental ao Poder Judiciário.

4 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 (2014), p. 808].

5 Conflito: “(...) é aplicado na linguagem jurídica para indicar embate, oposição, encontro, pendência, pleito” [SILVA (2014), p. 347].

6 Sociedade: “Lato sensu, sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns embora difusos (...)” [MELO (2000), p. 89)].

7 Serão usados neste trabalho os mais recentes números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017, ano-base 2016.

8 Efetividade, no presente trabalho, será tratada como decorrência da Otimização da Jurisdição, entendida a entrega da Tutela Jurisdicional em Tempo Razoável (consoante o art. 501, LXXVIII, da Constituição Federal), com eficiência e o mínimo de trabalho e despesas.

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.⁹

1. Esgotamento da capacidade operacional da Jurisdição Adversarial brasileira

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 agentes¹⁰ 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 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 justiça¹¹ 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,

9 PASOLD (2015).

10 **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 (2000), p. 72/73].

11 **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-coes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 25.10.2017).

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 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”¹².

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 estrutura¹³. Nada obstante, o quadro do acervo de “processos” só aumenta¹⁴.

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 mito¹⁵ da ineficiência dos seus juízes, uma vez que os índices de produtividade¹⁶ dos magistrados brasileiros apresentou crescente significativa desde quando computados os dados obtidos juntos aos tribunais de justiça nacionais¹⁷.

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

12 CNJ. Justiça em Números 2017. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 25.10.2017.

13 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 (2015), p. 11-24].

14 “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 (2015), p. 11-24].

15 A expressão “mito” aqui é empregada como sinônimo daquilo que é difundido como “verdade” entre a população em geral

16 “Os juízes brasileiros ocupam a segunda posição no ranking mundial de quantidade de trabalho e o terceiro posto no de produtividade” [Apud BUNN (2015), p. 11-24].

17 CNJ. Justiça em Números 2017. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 5.9.2017.

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 a presença de Interesse Público¹⁸, 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’”¹⁹ (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.

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

18 “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 (2014), p. 768].

19 MANCUSO (2014), p. 60.

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 Bodnar²⁰:

“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⁽⁴⁾ mais relevantes e merece proteção em escala mundial. Possui, também, status de direito fundamental⁽⁵⁾ 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”²¹.

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.

20 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> Acesso em: 23 out. 2017.

21 **A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS**. Disponível em <http://revistaelectronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao-ambiental-Autores_Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf>. Acesso em 24 out. 2017.

A radiação contaminou peixes que, depois, foram colhidos em atividade pesqueira em outros mares a milhares de quilômetros de distância daquela localidade²². 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 são em muitas das vezes Transnacionais²³, desafiando todo o sistema de Jurisdição do Estado Moderno²⁴, 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 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”²⁵.

22 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 (2010).

23 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/direitopolitica. Acesso em: 21 out. 2017).

24 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).

25 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. Acesso em: 27 out. 2017.

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 - ADRs²⁶.

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 Sartori²⁷, 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)

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.

26 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 (2014), p. 75].

27 *Apud* FREITAS, Gilberto Passos de Freitas e AHMED, Flavio. **A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS**. Disponível em <<http://revistaeletronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao-ambiental-Autores-Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf>>. Acesso em 24 out. 2017.

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 potencialidade²⁸.

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 Pragmática²⁹, 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 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 no contexto jurídico brasileiro

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 apresentados³⁰.

Por sua vez, com o advento da Lei n. 13.140/15³¹, a partir de então a Mediação está definida

28 **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> Acesso em: 23 out. 2017.

29 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 (2014), p. 1074]

30 MOORE (1998), p. 28.

31 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

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 equiparase 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 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 majoritária³² 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.

Oportuno transcrever a ponderada lição de Sérgio Shimura acerca do tema: Em outras palavras, a inflexibilidade

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> Acesso em: 18 out. 2017)

32 “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 (2002), p. 267/268 e 279]. Com igual posição, apenas para ilustrar, veja-se, ainda: SOARES (2010); e ANTUNES (2015), p. 76

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”³³.

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”³⁴.

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**.”

33 DANTAS (2009), p. 308

34 **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.

Sono ‘disponibili’ i diritti di cui il titolare può disporre in virtù della propria autonomia contrattuale, anche trasferendoli o rinunciandovi.

In ambito di mediazione civile e commerciale il legislatore ha stilato 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 di 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)³⁵.

Ultrapassada a discussão nesse ponto, a única observação que resta, diga-se, é que nesses casos a Mediação³⁶ 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.

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 adversarial³⁷.

35 LA SORTE (2016), p. 5 e 8.

36 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.

37 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 Getúlio 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;

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-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”³⁸.

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 nossa casa não pode esperar!

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.

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).

38 **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> Acesso em: 23 out. 2017.

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!

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa, 2015, *Direito ambiental*. 17. ed., Atlas, São Paulo.

BECK, Ulrich, 2010, *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, 2010, São Paulo.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Texto Consolidado até a EC n. 91/2016. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. in <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> (25.10.2017).

BRASIL. *Lei 13.105/2015*. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. in <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> (25.10.2017).

BRASIL. *Lei 13.140/2015*. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. in <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. (25.10.2017).

- BODNAR, Zenildo. *O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, 2006. in <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm> (23.10.2017).
- BUNN, Maximiliano Losso, 2015, “Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea”, in Revista do CEJUR, *Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 03, Florianópolis, p. 11 – 24.
- BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon, 2016, “Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição”, in Revista Direito e Liberdade – RDL, v. 18, n. 1, Natal, p. 247-268.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*, Brasília.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, *Justiça em Números 2017*, Brasília.
- COSTA, Marli Marlene Moraes e D’OLIVEIRA, Mariane Camargo, 2014, “A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO INSTRUMENTALIZADA PELO EX-SURGIMENTO DE UMA NOVA CULTURA POLÍTICO-JURÍDICA DE ACESSO À JUSTIÇA: uma (re)construção da matriz principiológica constitucional na materialização de direitos”, in Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Itajaí, v. 19 - n. 3, p. 787-807.
- CRUZ, Paulo Márcio; Stelzer, Joana (orgs), 2009, *Direito e transnacionalidade*, Juruá, Curitiba.
- DANTAS, Marcelo, 2009, *Ação Civil Pública e meio Ambiente*, Saraiva, São Paulo.
- Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)*, in <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> (27.10.2017).
- FERNANDES, Rodrigo e SANTOS, Rafael Padilha dos, “Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito”, 2014, in Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.9, n.1.
- FREITAS, Gilberto Passos de Freitas e AHMED, Flavio, *A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS*. in <http://revistaelectronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao_ambiental-Autores_Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf> (24.10.2017).
- LA SORTE, Vittoria C., 2016, *La conciliazione obbligatoria e facoltativa. La mediazione nelle controversie ambientali*, 1a. edição, Padova: Primiceri Editore, Padova.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2014, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2a. ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- MELO, Osvaldo Ferreira de, 2000, *Dicionário de política jurídica*, editora OAB-SC, Florianópolis.
- MOORE, Christopher W., 1998, *O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2ª ed., editora Artmed, Porto Alegre.

PASOLD, Cesar Luiz, 2015, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 13 ed. rev.atual.amp., **Conceito Editorial, Florianópolis**.

SILVA, de Plácido e., 2014, *Vocabulário jurídico*, atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed., Forense, Rio de Janeiro.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira, 2010, *Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?* Juruá, Curitiba.

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”. in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, out. 2015.

VIEIRA, Fernando Grela, 2002, “A transação na esfera dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta”, in MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos*, 2. ed., RT, São Paulo.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO DE TRANSGÊNEROS NO REGISTRO CIVIL

Jeferson Osvaldo Vieira

RESUMO

O escopo deste artigo é examinar a disciplina jurídica do nome enquanto direito da personalidade e apresentar as hipóteses em que se admite sua alteração, de acordo com o direito positivado e a interpretação jurisprudencial. Apresentar as decisões proferidas em 2018 pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.275 e no Recurso Extraordinário n. 670.422, afetado ao regime de repercussão geral, que a partir da constitucionalização do instituto sob enfoque, permitiram aos transgêneros promover a alteração do prenome e do sexo no registro civil, mediante simples solicitação do interessado diretamente na serventia, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de qualquer tratamento hormonal ou patologizante. Expor a conceituação doutrinária dos termos “transsexual” e “transgênero” e a consequente diferenciação em relação a outras categorias similares. Discutir os impactos que o novel entendimento da suprema corte pode trazer a interesses públicos e privados.

Palavras-Chave: Transgêneros. Nome. Sexo. Alteração.

ABSTRACT

The scope of this article is to examine the juridical discipline of the name as personality right and to present the hypotheses in which it is allowed to change, according to the positive law and the jurisprudential interpretation. To present the decisions rendered in 2018 by the Federal Supreme Court in Declaratory Action of Unconstitutionality n. 4,275 and in Extraordinary Appeal no. 670,422, affected by the general repercussion regime, which, through the constitutionalization of the institute under focus, allowed the transgender to promote the change of the name and gender in the civil registry, by simple request of the interested party directly in the service, regardless of transgenitalization surgery or any hormonal or pathological treatment. To expose the doctrinal conceptualization of the terms “transsexual” and “transgender” and the consequent differentiation in relation to other similar categories. Discuss the impacts that the novel understanding of the supreme court can bring to public and private interests.

Keywords: Transgender. Name. Sex. Amendment.

1 INTRODUÇÃO

Ao julgar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.275, em 1º de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito da pessoa transgênero de alterar o prenome e o sexo mediante simples requerimento no ofício de registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou tratamento hormonal ou patologizante. Esse entendimento foi reafirmado em

15.08.2018, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 670.422, afetado ao regime de repercussão geral, de modo a solidificar a posição atual daquele tribunal a respeito do tema.

Indiscutivelmente houve um rompimento de paradigma acerca da alterabilidade de dados registrais da pessoa natural, uma vez que se trata de instituto sobre o qual sempre prevaleceu a imutabilidade, blindada pela segurança jurídica que se acreditava ser a pedra fundamental no assunto, e que só podia ser quebrada em situações excepcionais, após autorização judicial.

Essa evolução jurisprudencial contribui sobretudo para diminuir a marginalização das pessoas transgênero e dar concretude à dignidade da pessoa humana, além de representar uma visão progressista, que se tornou possível ante o fenômeno da constitucionalização do direito, que, por meio de mecanismos exegéticos, tem permitido a conformação de institutos dos mais diversos ramos do Direito à inspiração libertária da Constituição Federal.

Buscar-se-á nesse artigo expor qual é o tratamento jurídico dado ao nome enquanto direito da personalidade e em quais hipóteses se admitia sua alteração, e na sequência explicar as mudanças havidas no instituto a partir da nova interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será empregado o método dedutivo e realizada pesquisa na literatura especializada, a fim de esclarecer a conceituação de termos como “transgênero” e “transexual”, cuja diferenciação é imprescindível para a exata compreensão do alcance das decisões da corte constitucional.

Não se pode olvidar, outrossim, que qualquer alteração em dados sensíveis de individualização da pessoa implica elevados riscos a interesses públicos e privados, especialmente na seara obrigacional e judiciária, e no particular, alguns serão evidenciados. Pretende-se assim discutir, nesse viés, se a flexibilização nas hipóteses de mudança de nome e sexo na forma estabelecida, com a retirada do controle jurisdicional, é medida absolutamente consentânea à salvaguarda da identidade de gênero e que dá concretude a esse direito fundamental, ou se é demasiado perigosa no que tange à segurança jurídica e aos possíveis prejuízos a outros interesses igualmente relevantes.

2 O NOME ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Embora o nome constitua instituto jurídico disciplinado de há muito no ordenamento jurídico, é relativamente recente seu tratamento como um direito integrante da categoria denominada “direitos da personalidade”, que passou a ter autonomia didática e a receber notória importância a partir da constitucionalização do direito, movimento jurídico-exegético que preconiza a aplicação de toda e qualquer norma à luz dos princípios constitucionais. Conforme percutientemente esclarece Luís Roberto Barroso (2012), esse processo de constitucionalização do direito, relativamente recente nos países de democratização tardia, como Portugal, Espanha e Brasil, tem se mostrado extremamente intenso e retira do Código Civil a função de “direito geral” que ostentava na dogmática tradicional, transferindo-a à Constituição Federal. Por meio da jurisdição constitucional, em todos os níveis em que é exercida, o texto maior passa a ostentar não somente uma hierarquia formal, mas uma supremacia material e axiológica, que lhe impinge efetividade muito maior à que sempre teve, pois passa a influenciar diretamente toda a aplicação do ordenamento jurídico, irradiando-lhe seus valores.

Com a propriedade que lhe é peculiar, Silvio Rodrigues (2006) pontua que dentre os direitos

subjetivos do homem, pode-se facilmente destacar duas espécies diferentes: aqueles que dele podem ser destacados, como os direitos de crédito, e aqueles que lhe são inseparáveis, por serem “inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra” (2006, p. 61). Estes últimos são os chamados direitos da personalidade. Flávio Tartuce observa que “os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo *personalidade* a qualidade do ente considerado *pessoa*” (2013, p. 142). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho utilizam uma definição mais sintética, pela qual os direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (2017, p. 198). Jorge Reis Novais (2016) enfatiza a elevada importância de tal categoria de direitos, ao sustentar que são os mais próximos à dignidade da pessoa humana, por serem os direitos fundamentais “que respeitam e se fundam na própria existência do seu titular considerado como *persona*, incluindo-se, aí, as garantias jusfundamentais de protecção da vida, da integridade física e psíquica, da liberdade geral de acção e de uma esfera pessoal reservada” (2016, p. 185).

A classificação dos direitos da personalidade não é consensual na doutrina. Renan Lotufo (2016) preleciona que os direitos da personalidade se subdividem em direitos à integridade física e direitos à integridade moral. Na primeira classe se inserem os direitos à vida, sobre o próprio corpo e o cadáver; na segunda, os direitos à honra, à liberdade, à privacidade, à intimidade, à imagem, ao nome e os direitos de produção intelectual” (2016). Com ótica diferente, Carlos Alberto Bittar (2015) prefere organizá-los em três classes: a) físicos, que abrange a vida, o corpo físico, a imagem, o cadáver e a locomoção; b) psíquicos, que compreende as liberdades (expressão, culto, credo), a higidez psíquica, a intimidade e os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, que contempla o nome e outros elementos de identificação, a reputação, a dignidade pessoal, direitos de autor, entre outros. Já Stolze e Gagliano (2017) propõem três grupos segundo a vinculação ao corpo, mente e espírito. No primeiro grupo, estariam inseridos a vida e integridade física (corpo vivo, cadáver e voz; no segundo, integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); no terceiro, integridade moral (honra, imagem e identidade pessoal).

Não obstante essa natural dissonância nos critérios de classificação, é fato que o direito ao nome (por alguns chamado “identidade pessoal”) é indiscutivelmente um direito da personalidade, e como tal deve receber a tutela do Estado, tanto no aspecto de protecção contra lesões como de reparação por danos causados.

O Código Civil, em seu artigo 16, expressa que “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. O prenome pode ser simples ou composto e é atribuído pelos genitores ao registrar o nascimento da pessoa. O sobrenome, também denominado “patronímico familiar” ou “apelido familiar”, é transmitido dos ascendentes aos descendentes ou de um cônjuge a outro (art. 1.565, § 1º, do Código Civil) e também pode ser simples ou composto. É possível ainda o acréscimo do “agnome” (Júnior, Filho, Neto, Sobrinho etc), elemento não essencial que serve para diferenciar parentes com nome idêntico.

De acordo com França *apud* Lotufo (2016, p. 113), “o nome é o elemento indispensável ao próprio conhecimento, é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos e que acaba por permitir a rápida caracterização e seu relacionamento com os demais”. Exatamente em razão dessa vinculação com a pessoa, o instituto do nome foi tradicionalmente orientado pela regra da imutabilidade, tanto que o artigo 59 da Lei dos Registros Públicos, em sua redação originária, enunciava expressamente que “o prenome será imutável”. Porém, sucessivas alterações na legislação e a chegada da constitucionalização do direito resultaram no abrandamento dessa regra, conforme discorre Anderson Schreiber:

A concepção rígida do nome, como sinal distintivo imodificável, foi sendo gradativamente temperada pela legislação brasileira. Permite-se, hoje, a alteração em um conjunto variado de hipóteses, que abrange a retificação da grafia do nome em virtude do erro no registro, a tradução do nome estrangeiro em casos de naturalização, a alteração do prenome suscetível de expor o seu titular ao ridículo, a alteração ou substituição do prenome com a inclusão de apelido público notório, a alteração do nome em virtude de adoção, a alteração do nome no primeiro ano após a maioridade civil desde que não prejudique os nomes de família, e assim por diante (SCHREIBER, 2014, p. 190).

Outra hipótese de intervenção drástica na regra da imutabilidade do nome foi criada pela Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que instituiu mecanismos para proteção de testemunhas e réus colaboradores em processos criminais, e que permitiu, no caso de constatação de coação ou ameaça, a alteração completa do nome do protegido, mediante proposta do conselho deliberativo do programa, com manifestação do Ministério Público e autorização judicial (art. 9º). Digno de nota que houve permissão inclusive para alteração completa do nome do cônjuge, ascendentes ou descendentes que convivam com a pessoa protegida (art. 9º, § 1º).

Intervenção mais tênue, mas que não deixa de ser uma quebra à imutabilidade do nome, decorreu da Lei n. 11.924/2009, que acrescentou o § 8º do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, para permitir ao enteado o acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta, havendo concordância destes e motivo ponderável, e mediante autorização judicial.

Tem-se assim que, no plano legislativo, há uma série de situações em que se admite a alterabilidade do nome, afora a cláusula geral lançada no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, com a redação dada pela Lei n. 12.100, de 27-11-2009, que permite a alteração “por exceção e motivadamente”, a requerimento do interessado, com oitiva do Ministério Público e autorização judicial. Abre-se assim a possibilidade de examinar qualquer situação em que o nome atribuído possa, em tese, representar violação à dignidade da pessoa humana. Nessa linha de raciocínio, Alexandre Schreiber (2014) advoga a tese de que as hipóteses elencadas nos artigos 57 e 58 da Lei dos Registros Públicos são meramente enunciativas de situações em que o nome implica embaraço ao desenvolvimento da personalidade, de modo a não impedir que o Poder Judiciário possa autorizar alterações por motivos semelhantes. Defende a tese, ademais, que “a proteção da dignidade humana impõe urgente inversão na abordagem dos pedidos de modificação do nome: não é seu acolhimento, mas a sua rejeição, que depende de ‘motivo suficiente’”(2014, p. 193), o que não significa, entretanto, conferir a qualquer pessoa o direito de postular alterações por mero capricho. Parece sensato, entretanto, afirmar que não se pode chegar ao extremo oposto, que é impingir ao nome a característica da mutabilidade, até porque, como advertia

Maria Celina Bodin de Moraes (2000), o nome não é apenas um direito, mas também um dever, relativo à obrigação de ser identificado socialmente na comunidade e perante o Estado.

Não obstante a ampliação das hipóteses de alteração do nome que surgiram com o passar dos anos, no afã de adaptar o exercício desse importante direito da personalidade às necessidades da sociedade moderna, manteve-se em qualquer situação o controle jurisdicional sobre o instituto. Todo pleito de alteração ou acréscimo do nome depende, segundo o direito positivado, da propositura de uma ação de jurisdição voluntária, com a necessária intervenção do Ministério Público, enquanto curador dos registros públicos. Conservou-se esse procedimento a fim de garantir que a alteração só ocorra nas hipóteses legais e, no caso da utilização da cláusula geral do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, que seja avaliada a relevância e suficiência do motivo alegado por um órgão estatal, isento e imparcial. Nega-se, com isso, total autonomia da pessoa sobre o direito ao nome, haja vista o interesse de ordem pública que recai sobre a perenidade da identificação da pessoa no meio social. Continua prevalecendo a imutabilidade como regra, de modo a coibir pretensas alterações por mero capricho, como ocorreu em determinado caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou a exclusão da partícula “de” no nome de pessoa que alegava sofrer constrangimentos com isso (Apelação Cível n. 0301869-43.2017.8.24.0079, Rel. Des. Fernando Carioni, julgada em 05.04.2018).

É inegável, por outro lado, que apesar dessa importante cautela para que não haja abuso no exercício da faculdade de alterar o nome, a necessidade do crivo jurisdicional sujeita o interessado a um juízo largamente subjetivo dos órgãos jurisdicionais provocados a intervir, especialmente quando utilizada a cláusula geral do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, já que não há critérios objetivos para se definir o que seja “alteração motivada”. Subsiste o risco de que, por exagerado apego do julgador à regra da imutabilidade do nome ou preocupação abstrata com o risco de lesão a terceiros, por vezes não demonstrado, denegue-se a almejada alteração, impondo-se ao interessado conviver com um nome que lhe represente carga psicológica negativa, com total subversão da lógica de proteção que o Estado deve oferecer aos direitos da personalidade.

Não se deve olvidar que os direitos da personalidade deitam raiz na dignidade da pessoa humana, que é o valor maior que deve nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico, juntamente com os demais valores constitucionalmente consagrados. Essa é a essência da constitucionalização do direito. A propósito da temática, é irrepreensível a lição de Luís Roberto Barroso:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico normativo dos direitos fundamentais.

[...]

O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está expresso no texto da Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução (BARROSO, 2016, p. 66).

Um caso emblemático em que o Superior Tribunal de Justiça deu concretude à dignidade da pessoa humana, utilizando-a como guia interpretativo da cláusula lançada no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, foi o julgamento proferido no Recurso Especial 1.304.718/SP, julgado em 18.12.2014, em que foi relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Em discussão, o direito de filho de suprimir o patronímico paterno, em razão de que foi abandonado pelo pai desde tenra idade e não mantinha com ele qualquer vínculo afetivo. O pedido foi denegado no Tribunal de Justiça de São Paulo, que se lastreou na regra do artigo 56 da Lei dos Registros Públicos, que veda a alteração dos nomes de família, e no raciocínio de que a supressão desejada não se amoldava a nenhuma das exceções à imutabilidade do nome. Ao dar provimento ao recurso por entender caracterizado o justo motivo, anotou o Ministro relator que “o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar”, e citou precedente da corte no sentido de que “Na dignidade da pessoa humana reside, por sua vez, a origem dos direitos ao registro e à identificação pelo nome e pela filiação, direitos estes irrenunciáveis”.

Também foi a dignidade humana o princípio que orientou a constitucionalização da interpretação das regras de direito civil e direito registral, no que tange à possibilidade de transexuais submetidos à cirurgia de redesignação obterem a alteração de prenome e sexo no registro civil. Num dos acórdãos pioneiros proferidos em 2009 pelo Superior Tribunal de Justiça na temática, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, deixou assentado:

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto (STJ, Recurso Especial n. 1.008.398-SP, julgado em 15.10.2009).

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça evoluiu nessa interpretação, para permitir a referida alteração de prenome e sexo inclusive para transexuais que não se submeteram à cirurgia de redesignação sexual. Mais uma vez, a dignidade da pessoa humana foi o princípio orientador que permitiu compatibilizar as regras de direito civil e registral aos valores constitucionalmente albergados, conforme se pode deduzir da ementa do julgado:

5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - *ratio essendi* do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral – deve ser compatibilizada com o **princípio fundamental da dignidade da pessoa humana**, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional.

6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a **cirurgias de transgenitalização**, já vinha permitindo a alteração do nome e do **sexo/gênero** no registro civil (**REsp 1.008.398/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e **REsp 737.993/MG**, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009).

7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os **transexuais não operados**, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula

geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças.

8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais) (STJ, Recurso Especial n. 1.626.739-RS, julgado em 09.05.2017).

Ante esse breve apanhado, denota-se que a regra da imutabilidade do nome foi paulatinamente flexibilizada e atualmente comporta diversas exceções, além de existir uma cláusula geral que confere ao interessado a possibilidade de postular alterações “por exceção e motivadamente”. Em todo caso, segundo a disciplina legislativa, compete ao Poder Judiciário avaliar a pertinência em cada caso concreto, tendo como parâmetro a lógica de que, ao lado da rigidez preconizada pela segurança jurídica a terceiros, o direito ao nome é um direito da personalidade vinculado à dignidade da pessoa humana, e como tal seu exercício deve ser protegido. Formou-se corrente no âmbito jurisprudencial no sentido de admitir a alteração do prenome e da designação de sexo no registro civil, inicialmente ao transexual submetido à cirurgia de transgenitalização, e mais recentemente com dispensa de submissão a essa modalidade de intervenção cirúrgica.

3 DISTINÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADI N. 4.275 E NO RE 670.422

Para uma adequada compreensão do alcance da decisão de caráter vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.275, é imprescindível conhecer conceitos relacionados à diversidade sexual e ao direito homoafetivo.

É referência nessa temática a autora Maria Berenice Dias, que na obra “Homoafetividade e os Direitos LGBTI” (2014) esclarece que o sexo é definido pelas características biológicas e morfológicas do indivíduo e não determina a orientação sexual e tampouco a identidade de gênero, enquanto que o gênero é a conformação social que o senso comum atribui como característica de cada um dos sexos. Conforme esclarece a autora, no ideário social “homens usam azul, jogam futebol, não choram e precisam ser fortes e competitivos”, ao passo que as mulheres “se vestem de cor de rosa, precisam ser frágeis e dóceis” (2014, p. 42).

Outros conceitos muito importantes são a identidade de gênero e a orientação sexual. Patrícia Correa Sanches (DIAS, 2011, p. 434) preleciona que “identidade de gênero é o sentimento do indivíduo quanto ao sexo que possui, o que, em alguns casos, pode não ser aquele que biologicamente tem por registro civil”. Nas palavras de Leandro Rinaldo Cunha, a identidade de gênero “está atrelada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero (masculino ou feminino), independentemente de sua constituição física ou genética” (2015, p. 19). A identidade de gênero, portanto, não guarda necessária correlação com o sexo biológico/morfológico.

Já orientação sexual, conforme Dias (2014, p. 42) “indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade. A orientação sexual tem como referência

o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual”. Assim, no que atine à orientação sexual, o indivíduo pode ser classificado em heterossexual, quando sente atração por pessoa com identidade de gênero diverso do seu; homossexual, se por alguém do mesmo gênero; bissexual, quando a atração for por ambos os gêneros. Enézio de Deus Silva Júnior (DIAS, 2011) diverge, nesse particular, pois afirma que a atração emocional, sexual e afetiva dos homossexuais é por pessoas do mesmo sexo biológico (e não por pessoas com a mesma identidade de gênero), do mesmo modo que a atração dos heterossexuais é por pessoas de sexo biológico oposto. De todo modo, não há polêmica sobre o fato de a identidade de gênero não ter relação com a orientação sexual do indivíduo.

Por outro lado, as pessoas transgênero, segundo Silva Júnior (DIAS, 2011, p. 98) “são os indivíduos que, na sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo” e podem englobar “travestis, transexuais, ‘drag queens’, ‘drag kings’ e ‘cross-dresser’”. Finalmente, os transexuais são pessoas que “sentem-se em desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico do seu nascimento, pelo fato de, psicologicamente, identificarem-se de modo oposto ao esperado para o seu corpo, do ponto de vista de gênero inclusive” (DIAS, 2011, p. 99).

É nítido, nessa linha de raciocínio, que o termo “transexual” é aplicável à pessoa que sente ter nascido “no corpo errado”, isto é, não se identifica com o corpo biológico e preferiria imensamente possuir o corpo do sexo oposto. Tais pessoas buscam, para sua satisfação psicológica, adotar comportamento típico do gênero oposto e em determinados casos se submetem a tratamento hormonal e intervenção cirúrgica para se aproximarem morfológicamente do sexo oposto. O transexualismo é classificado no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) da Associação Americana de Psiquiatria como “disforia de gênero”, relacionada ao descontentamento afetivo/ cognitivo de um indivíduo com o gênero designado.

Nesse quadro, está claro que a transexualidade é algo totalmente distanciado da homossexualidade, pois naquela o indivíduo não se sente confortável com o corpo que possui, independente de sua orientação sexual; nesta, não há qualquer rejeição psicológica do indivíduo ao seu corpo, mas apenas atração afetiva e sexual por pessoas do mesmo sexo biológico ou identidade de gênero. Nessa ordem de ideias, o indivíduo transexual tanto pode ser heterossexual (quando sente atração por pessoas do sexo oposto àquele com o qual se identifica) ou homossexual (quando sente atração por pessoas do mesmo sexo com o qual se identifica), além, logicamente, da possível bissexualidade.

Não obstante, o termo “transgênero” tem acepção mais ampla, relacionada ao exercício da identidade de gênero, e não depende da rejeição psicológica do indivíduo ao seu corpo, como no caso dos *travestis*, que, conforme explica Enézio de Deus Silva Júnior (DIAS, 2011, p. 99) “via de regra, aceitam, do ponto de vista psicológico, o sexo biológico do seu nascimento [...] e, ao longo do desenvolvimento psíquico-social, constroem um imaginário todo próprio, cuja identificação de gênero se volta mais para o sexo oposto, e isso é perceptível nas suas formas de ser, agir, vestir-se ou comportar-se”.

4 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO NOME À IDENTIDADE DE GÊNERO NA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Chega-se ao tema central desse artigo, que é examinar a conformação do direito ao nome à identidade de gênero, segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.275 e do Recurso Extraordinário n. 670.422, afetado ao regime de repercussão geral.

De bom alvitre esclarecer que a ADI n. 4.275 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República em 21.7.2009 e no bojo da petição inicial, após dissertação sobre a diferença conceitual entre transgêneros e transexuais, consignou-se que “a presente ação alcança apenas os transexuais e a tese aqui sustentada é a de que há um direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X)”. O pedido formulado foi para que fosse dado ao artigo 58 da Lei n. 6.015/73 interpretação conforme à Constituição, para se reconhecer aos **transexuais**, independentemente de cirurgia de redesignação, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil.

Referida ação de controle direto de constitucionalidade teve seu julgamento concluído em 1.3.2018 e, embora o acórdão não tenha sido publicado até a finalização deste artigo, a certidão de julgamento foi assim lançada:

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

Já no Recurso Extraordinário n. 670.422/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a tese que se reconheceu em repercussão geral foi a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de **transexual**, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo (Tema 761). Esse recurso teve seu mérito julgado em 15.8.2018, com a prolação da seguinte decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo

sobre a origem dos atos”. Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018

Importante observar que embora o objeto das duas ações fosse o direito dos **transexuais** à alteração do nome e sexo no registro civil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu-o aos **transgêneros**, grupo muito mais abrangente, conforme conceituação suso fixada, que não envolve apenas os indivíduos que manifestam rejeição psicológica ao corpo biológico que possuem, o que é nota distintiva do primeiro grupo.

Embora não publicado o acórdão da ADI n. 4.275, o Ministro Marco Aurélio, que ficou vencido parcialmente, entendia que o acolhimento do pedido deveria se dar somente em relação aos transexuais, pois assentou que “os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia”, conforme consta em seu voto, já divulgado. Ressalvou ainda que, no caso de não submissão à cirurgia de transgenitalização, a alteração dependeria de atendimento aos ditames da Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece critérios para caracterização do transexualismo e condições para realização da cirurgia, como idade mínima de 21 anos, desconforto com o sexo anatômico natural, desejo expresso de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, permanência desses “distúrbios” de forma contínua e persistente por no mínimo dois anos e diagnóstico médico da condição de transexual. (Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoMMA.pdf>). Acesso em 12.out.2018)

Não foi, contudo, a tese que prevaleceu, pois a maioria dos ministros estendeu o direito aos indivíduos transgênero, independentemente de qualquer diagnóstico médico, bastando a mera manifestação da vontade diretamente perante o ofício de registro civil. O Ministro Edson Fachin, cujo voto também foi disponibilizado, endossou esse entendimento com arrimo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, que vedam qualquer tipo de discriminação de qualquer natureza. Para guardar total fidelidade aos fundamentos de seu voto, pertinente a transcrição literal do seguinte trecho:

Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

“(…) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero”. (par. 78).

No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

“(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo”.

A Corte Interamericana, por sua vez, assentou que a identidade de gênero:

“também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada (...)”.

Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália.

Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada” (par. 93-95) (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>> . Acesso em 12.out.2018).

Ante o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, após a publicação do acórdão da ADI n. 4.275, todos os órgãos estatais, especialmente os ofícios do registro civil, estarão obrigados a atender pedidos de alteração de prenome e sexo no registro civil de qualquer pessoa que se declare transgênero, independentemente de qualquer perquirição, solicitação de parecer médico ou autorização judicial. Bastará que a pessoa, no exercício de seu direito à identidade de gênero, faça autodeclaração de pertencer ao sexo oposto ao biológico e requeira alteração do prenome e do sexo, sem que se possa dar qualquer publicidade dessa alteração no caso de emissão de certidão por solicitação de terceiro.

É indiscutível que tal decisão representa um avanço no enfrentamento da desigualdade e do preconceito que recai sobre os transgêneros, que poderão usufruir do direito ao nome enquanto atributo de sua personalidade sem carregar qualquer constrangimento e da forma que se lhe afigure mais aprazível.

Não se pode olvidar, entretanto, que a amplitude da decisão proferida pela suprema corte coloca em risco a segurança jurídica que envolve o nome da pessoa, já que afasta qualquer possibilidade de verificação sobre ser a alteração pretendida realmente um reflexo do exercício da identidade de gênero ou mera busca de benefícios menos nobres, uma vez que basta ao interessado comparecer à serventia extrajudicial e postular a alteração de prenome e sexo no registro.

Conforme já assinalado, o nome constitui não só um direito da personalidade, mas também um dever, já que é o sinal distintivo da pessoa na sociedade e que permite sua correta identificação e

localização. O nome é o principal elemento de qualificação da pessoa e é por meio dele que se celebram contratos e relações jurídicas das mais diversas naturezas. No caso de descumprimento de obrigação contratual, assiste ao credor o direito de buscar a satisfação na via judicial, e poderá encontrar enormes dificuldades caso seu devedor tenha promovido alteração de sua denominação, até porque sequer conseguirá obter uma certidão do registro civil indicando o nome anterior e atual do devedor.

No âmbito do direito de família, de igual modo, é necessário ter-se a qualificação do devedor de alimentos para se exigí-los e do suposto pai para se reconhecer uma paternidade sonogada, da mesma forma que o cumprimento da sucessão hereditária pressupõe exata identificação dos herdeiros. Nas relações afetivas, é possível que o transgênero submetido à cirurgia de redesignação omita ao parceiro a informação sobre o sexo natural e então, caso se admita que existe um direito deste em saber a verdade, resultaria obstada a fonte mais clara e segura a respeito.

Não só interesses privados poderão ser frustrados, mas sobretudo interesses estatais. Basta imaginarmos a dificuldade de realização de uma investigação criminal acerca de delito cujo suspeito teve o nome alterado, ou, mais adiante, o cumprimento de um mandado de prisão de alguém que teve contra si proferida uma condenação, e que via de regra, vai ser procurado a partir de seu nome. Conseguiria facilmente frustrar a incidência das normas penais, furtando-se à execução de sua prisão no caso de abordagem policial casual ou comparecimento a algum órgão em que tivesse que ser identificado, tudo isso sem falar nos benefícios decorrentes da não correlação da certidão de antecedentes a eventuais condenações anteriores, o que afastaria os graves reflexos jurídicos-penais da reincidência.

No aspecto previdenciário, também poderão surgir dificuldades ou até mesmo burla aos requisitos para obtenção de benefício, especialmente aqueles que tenham critérios diferentes, como idade ou tempo de contribuição, estipulados de acordo com o sexo do segurado. Na órbita tributária, a exemplo do que ocorrerá com obrigações civis, poderão haver prejuízos à satisfação dos créditos do fisco pela dificuldade de se localizar o devedor e identificar seu patrimônio. Na seara registral, a segurança jurídica que deve existir no encadeamento dominial também poderá resultar frustrada.

Não está claro, até o momento, se haverá algum mecanismo que impeça a pessoa que obteve alteração de prenome e sexo de, com base na nova certidão de nascimento, obter a emissão de novo número de CPF, ou ao menos um controle estatal a respeito. E se constatada essa tentativa, poderá a Receita Federal denegar o pedido, ou haverá também um direito subjetivo à obtenção do novo cadastro, para que a pessoa transgênero não seja vinculada de forma alguma a algo que poderia revelar o nome anterior e sexo biológico?

Ainda, como ficará a validade de procurações e escrituras públicas que tenham sido outorgadas com a consignação do nome anterior, alterado? Perderão a validade (sem incidência de hipótese legal para tanto) ou permanecerão híginas? Neste último caso, parece inegável que haverá elevada dúvida sobre a autenticidade dos documentos caso venham a ser utilizados após a alteração do nome do outorgante.

Ante a extrema facilitação da alteração de nome e sexo no registro civil, não é exagero pensar que muitas pessoas poderão exercer esse direito não para alcançar satisfação pessoal relacionada à identidade de gênero, mas sim para obter outros benefícios reflexos, como não ter um cadastro negativo

em cartórios de protestos ou rol de inadimplentes, obter certidões negativas de protestos ou débitos fiscais, ou não estar na condição de procurado pela justiça.

Necessário ainda apontar que para alguns autores, como Enézio de Deus Silva Júnior, a condição de transgênero pode ser perene, como no caso de transexuais e travestis, ou pode ser eventual, “manifestando-se em atos de transgeneridade, no sentido de afronta ou perpassa das fronteiras de gênero estabelecidas socioculturalmente” (DIAS, 2011, p. 99). No caso de transgeneridade eventual, será possível futuro retorno ao *status quo*, também mediante simples requerimento no registro civil?

Quer nos crer, portanto, tenha sido equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal de afastar qualquer espécie de controle sobre os riscos à coletividade no caso de alteração do nome e sexo. A manutenção da necessidade de análise judicial poderia suplantar esses riscos, sem maiores percalços ao exercício do direito da personalidade, já que se trata de procedimento de jurisdição voluntária e que via de regra é célere. Conforme argumenta Anderson Schreiber:

A justificativa para um controle judicial situa-se exatamente no dever do magistrado de aferir, concretamente, quais riscos a mudança traz para o grupo social. Decisões que rejeitam pedidos de alteração do nome devem, portanto, ser fundamentadas com a indicação específica da ameaça que a modificação traz à coletividade, sendo aceitável que se impeça a adoção de novo nome por quem, por exemplo, figura como devedor em concurso de credores ou como suspeito em investigação criminal (SCHREIBER,, 2014, p. 193)

Há, indiscutivelmente, um interesse público sobre a necessidade de correta identificação das pessoas na sociedade que, a nosso ver, não poderia ser totalmente sacrificado ou colocado em tão elevado risco, como fez o Supremo Tribunal Federal. Não se estaria negando o direito fundamental à identidade de gênero caso fossem previstas determinadas condições, plenamente justificadas pelo interesse da sociedade. Nenhum direito é absoluto, conforme tem recorrentemente afirmado o próprio tribunal e se mostrava imprescindível harmonizar o direito reconhecido aos demais interesses sociais em rota de colisão.

De todo modo, a nova conformação constitucional do direito ao nome levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal representa uma quebra definitiva ao dogma da imutabilidade do nome da pessoa natural, que já vinha sendo abrandada pela legislação infraconstitucional e pela interpretação jurisprudencial, e significa um passo adiante na erradicação do preconceito contra os transgêneros. A experiência prática e os reflexos que decorrerão dessa mudança de postura do Estado brasileiro dirão se foi uma evolução em compasso com a concretização dos direitos fundamentais ou se era preferível uma posição mais conservadora, em prol da segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nome é um direito da personalidade expressamente reconhecido no Código Civil, que compreende o prenome e o sobrenome e goza de proteção legal contra uso indevido e garantia de reparação no caso de lesões que lhe sejam impingidas por ato ilícito de terceiro. É atribuído à pessoa por seus genitores por ocasião do nascimento e via de regra é imutável, comportando alterações somente em casos excepcionais, expressamente previstos no direito positivado. As hipóteses principais são a alteração do prenome por livre escolha no primeiro ano após a maioridade civil, quando cause vexame ou constrangimento ao portador, para tradução no caso de naturalização de estrangeiro, no

caso de adoção, para inserção de apelido público notório ou para acréscimo de apelido de família de padrasto ou madrasta, com o consentimento destes. Em todos os casos, a alteração era condicionada à autorização judicial. No ano de 2009, inseriu-se na Lei dos Registros Públicos uma cláusula geral que permite que se postule alteração do nome “por exceção e motivadamente”, sob aprovação do Poder Judiciário, a quem incumbe avaliar a pertinência e relevância do motivo alegado.

A constitucionalização do instituto e a evolução jurisprudencial conduziram à admissibilidade de alteração de nome e sexo no registro civil de pessoa transexual, portadora de sentimento de rejeição ao sexo biológico natural, inicialmente sob condição de submissão à cirurgia de transgenitalização, e depois independentemente dessa intervenção cirúrgica.

No ano de 2018, ao julgar ação de controle concentrado de constitucionalidade (ADI n. 4.275) e recurso em ação individual, mas afetado ao regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal conferiu à pessoa transgênero o direito de alterar o prenome e o sexo no registro civil, mediante simples requerimento do interessado, independentemente de cirurgia de redesignação sexual, tratamento hormonal ou patologizante.

Trata-se de decisão que representa inegável avanço para a erradicação de todas as formas de discriminação e que dá concretude à identidade de gênero, mas que ofende a segurança jurídica e sujeita a riscos elevados o interesse público e também interesses privados de terceiros, na medida em que o nome da pessoa, enquanto elemento essencial de sua identificação, paralelamente a um direito constitui também um dever, pois serve à finalidades as mais diversas, imprescindíveis à harmônica convivência social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 4. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25.ago.2018.

_____. Lei n. 6.015, de 30 de setembro de 1997. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em 05.out.2018.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em 13.out.2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 25.ago.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.008.398/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15.out.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1008398&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 30.ago.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.304.718/SP. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 18.dez.2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1304718&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 30.ago.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.626.739/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 09.mai.2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1626739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 31.ago.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.275. Relatora Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1.mar.2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>> Acesso em 12.out.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 679.42. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 15.ago.2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>> Acesso em 12.out.2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0301869-43.2017.8.24.0079. Relator Desembargador Fernando Carioni. Florianópolis, SC, 05.abr.2018. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora> Acesso em 02.set.2018.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Leandro Rinaldo. Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LBGTI*. 6 ed. ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), volume 1*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o Nome da Pessoa Humana. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 48-74, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almeida, 2016.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Parte Geral - v. 1*. 34 ed., 4ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013.



DISCURSOS

DISCURSO DE POSSE PROFERIDO PELA DESEMBARGADORA HAIDÉE DENISE GRIN

Saudações:

Saúdo o Excelentíssimo Desembargador Presidente Rodrigo Tolentino de Carvalho, e *em nome de quem cumprimento* todas as autoridades da mesa e demais autoridades nominadas e as aqui presentes.

Senhoras e senhores. Familiares e amigos, Colegas Magistrados.

Início minhas breves palavras, acompanhadas de forte emoção, inflacionada pelo turbilhão de sentimentos que estão represados desde o dia em que decidi me habilitar à vaga de membro deste Egrégio Tribunal de Justiça. Nem a mais perfeita das metáforas poderia traduzir com fidelidade essa sensação ímpar, essa expectativa e este extase, que transformou uma sucessão de atos e fatos entrelaçados em desígnios insondáveis, guiados pelas mãos de Deus, os quais permitiram a minha ascensão a este elevado cargo, mediante aprovação do meu nome, por merecimento, pelos eminentes integrantes deste Colegiado. Sou muito grata. E aqui, me reservo em não nominar todos aqueles que direta ou indiretamente me apoiaram neste projeto de vida, em prol de cometer alguma omissão, mesmo que involuntária.

Registro que abracei a carreira da Magistratura Estadual por vocação, pois ao tempo do meu ingresso era servidora concursada deste Tribunal, e cada promoção na carreira, me trouxe para mais perto e de volta para a Capital, local onde nasci.

Ao ser conduzida para adentrar neste recinto pelos passos seguros do estimado decano desta casa, Desembargador Pedro Manoel Abreu, e pela mão amigável e reconfortante do seu mais moderno integrante, Desembargador Luiz Antonio Zanini Fornerolli, que me antecedeu há poucos meses nesta emoção, deixo para trás a jurisdição de primeiro grau com boas lembranças e agradecimentos, amigos que desejo em breve vê-los também integrando esta Colênda Corte.

Ser recebida com a saudação bondosa do amigo Desembargador Ricardo Roesler, magistrado de inegáveis méritos, me ensoberbece e faz este momento ser único.

Ascender a este órgão colegiado após mais de 26 anos no primeiro grau de singulares experiências e nela passar a ter assento ao lado de íntegros e cultos Desembargadores que trabalham incansavelmente em prol do respeito e da dignidade da Justiça deste Estado, muito me honra.

Consciente sou da responsabilidade que assumo nesta data e de que precisarei do apoio dos meus pares, com os quais tenho muito a aprender.

Falo agora aos meus colegas e amigos Selso e Zoldan, quantas vezes nosso pensamento vagou perguntando quando e se este momento chegaria algum dia, e que felicidade sentiríamos, porém acreditamos, acreditamos na força da Justiça. Enfim, hoje abraçamos novos e diferenciados desafios, sem espaço para arrefecimento na defesa dos ideais da justiça e da sociedade.

O exemplo de uma vida digna e correta que recebi de meus pais Zilmar e Elisabeth, já falecidos, a quem sou eternamente grata pela vida, e que compartilho ao lado de meu marido Anisio Feitosa é o legado que repasso à nossa filha Sophia, citando um verso de Omar Khayyám (18/05/1048 – 04/12/1131 - poeta, matemático e astrônomo persa - atual Irã) e que faz parte de seu romance Rubaiyat:

*“Se uma rosa guardaste, no teu coração,
Se a um Deus supremo e justo endereçastes tua humilde oração,
Se com a taça erguida contaste um dia o teu louvor à vida:
Tu não viveste em vão!”*

E termino minha fala, com o mesmo entusiasmo e amor à instituição de outrora, coroada de sonhos, metas e muita energia em continuar seguindo minha vocação de ser magistrada de um Judiciário que prima pela eficiência, celeridade e humanização.

Pela presença e carinho de todos que aqui compareceram e abrilhantaram este evento, autoridades, familiares, amigos, e servidores da casa, o meu MUITO OBRIGADA !

Era o que tinha a falar, Sr. Presidente.

DISCURSO DE POSSE PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR SELSO DE OLIVEIRA

Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço, Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, saudando Vossa Excelência, cumprimente todas as distintas autoridades que compõem a mesa, as demais autoridades que prestigiam esta solenidade, familiares e amigos meus e dos queridos colegas Haideé e Antonio com quem divido esta alegria em desassossego.

Breve que deve ser esta fala, pontuo o que prevalece no íntimo de meu ser: GRATIDÃO. Por tudo.

À vida recebida de meu pai e minha mãe, a quem ofereço o que de mais puro haja em mim.

Aos meus irmãos, companheiros de viagem e exemplos de dignidade e resiliência.

Aos meus filhos, Vinícius e Cecília, alegria e certeza de que a vida não tem fim.

A todos que de uma maneira ou de outra estiveram comigo, e que possibilitaram chegasse até aqui.

Não sendo possível nominá-los e distingui-los individualmente – o que demandaria horas, e choro incontido -, peço ao Deus criador que derrame sobre todos vocês, MEUS AMADOS, aqui presentes ou não, as tantas bênçãos que merecem por tanta luz e maravilhas que me dispensaram nessa já longa caminhada.

Aos integrantes deste Tribunal de Justiça, assim como aos que já o integraram, apresento o meu elevado respeito. Peço-lhes, com a necessária humildade, que me recebam neste Templo de Justiça. Prometo honrá-los e ao Tribunal, dedicando o que de melhor possa de mim ser extraído. Quero aprender. E retribuir de forma amorosa e ética.

À sociedade. Aos jurisdicionados. Razão da nossa existência enquanto julgadores, e destinatários da nossa atividade. A promessa do esforço diário e permanente para que o fruto do nosso trabalho chegue aos que de fato têm fome e sede de justiça.

ATA COM DISCURSOS PROFERIDOS EM SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO COM HOMENAGEM A MAGISTRADOS APOSENTADOS, ASSIM COMO AOS DESEMBARGADORES TORRES MARQUES E RICARDO FONTES

Aos vinte e nove dias do mês de outubro do ano de dois mil e dezoito, nesta cidade de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina, reuniu-se às 14 horas, em sessão extraordinária, na sala de sessões Ministro Teori Zavascki, o egrégio Tribunal Pleno, com a presença dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Rodrigo Collaço - Presidente, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Torres Marques, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Cid Goulart, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Rejane Andersen, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Jairo Fernandes Gonçalves, Ronei Danielli, Túlio Pinheiro, Ricardo Roesler, Robson Luz Varella, Sérgio Rizelo, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Sebastião César Evangelista, Carlos Adilson Silva, Mariano do Nascimento, Stanley Braga, Altamiro de Oliveira, Newton Varella Júnior, Rodolfo Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Gilberto Gomes de Oliveira, José Everaldo Silva, Volnei Celso Tomazini, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, Francisco Oliveira Neto, André Carvalho, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Jorge Luis Costa Beber, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, André Luiz Dacol, Jaime Machado Júnior, Hélio do Valle Pereira, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Rosane Portella Wolff, Denise de Souza Luiz Francoscki, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Luiz Cesar Schweitzer, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Paulo Ricardo Bruschi, Helio David V. F. Dos Santos, José Agenor de Aragão, Sidney Eloy Dalabrida, Hildemar M. de Carvalho, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Antônio Zoldan da Veiga e Procurador de Justiça Aurino Alves de Souza, representante do Ministério Público.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Salete Silva Sommariva, Ronaldo Moritz Martins da Silva e Janice Goulart Garcia Ubialli, em licença para tratamento de saúde; Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, José Carlos Carstens Köhler, Sônia Maria Schmitz, Raulino Jacó Bruning, João Batista Góes Ulysséa, Luiz Fernando Boller, Paulo Roberto Sartorato, Ernani Guetten de Almeida e Júlio César Knoll, em gozo de férias; Joel Figueira Júnior, Carlos Alberto Civinski, Júlio César Machado Ferreira de Melo e Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, por motivos pessoais; e Saul Steil, em afastamento para realização de curso.

Registrada a presença da Excelentíssima Senhora Juíza de Direito Jussara Schittler dos Santos Wandscheer – Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses.

DESCERRAMENTO DO RETRATO DO excelentíssimo senhor desembargador JOSÉ ANTÔNIO TORRES MARQUES NA GALERIA Dos PRESIDENTES

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço – Presidente abriu a sessão e convidou a todos para a cerimônia do descerramento do retrato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Torres Marques na Galeria dos Presidentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Hall de entrada da Torre I.

Iniciando a homenagem, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço – Presidente ressaltou o trabalho realizado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Torres Marques na Presidência desta Corte. Lembrou que Sua Excelência foi presidente em um momento econômico difícil, de baixa arrecadação, mas que isso não o impediu de deixar o Tribunal em ordem e com as contas em dia, e finalizou mencionando o orgulho de anunciar que o Excelentíssimo Senhor Desembargador Torres Marques entra para a história deste Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Torres Marques, juntamente com sua esposa, a Senhora Ana Cristina Pacheco, descerraram o retrato de Sua Excelência na Galeria de Presidentes desta Corte.

Sua Excelência cumprimentou os presentes e proferiu o seguinte discurso: “Desde antes do início da graduação no curso de Direito já acalentava o desejo de ingressar na carreira da Magistratura. Esse encantamento tornou-se ainda mais latente quando passei a atuar como Secretário da Presidência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Com a benção da providência divina, a concretização do sonho ocorreu no dia 2 de maio de 1983 quando, neste Tribunal de Justiça, tive a honra de tomar posse no cargo de Juiz Substituto. A partir de então, por força das etapas que compõem a carreira da magistratura, desloquei-me por todas as regiões deste Estado, iniciando na comarca de Lages, onde nasceu meu filho Eduardo Neto Marques, e depois nas comarcas de Trombudo Central, Orleans e São Miguel do Oeste até regressar a Lages como Juiz de Direito. Posteriormente, fui removido a esta capital, onde nasceu meu filho Antônio Torres Marques, atuando na esfera jurisdicional e também como Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça e da Presidência do Tribunal de Justiça. Ato seguinte, ascendi a este Tribunal de Justiça como Juiz Substituto de Segundo Grau e, após, fui alçado ao cargo de Desembargador. Ao longo dessa jornada de 35 anos de magistratura tive o privilégio de me deslocar por todos os rincões deste Estado e conhecer a diversidade e a riqueza cultural que formam a sociedade catarinense. Conheci pessoas e o significado efetivo dos termos hospitalidade e fidalguia. Aprendi sobre os costumes, os hábitos, as tradições e o folclore do povo barriga-verde. Visitei cidades, divisei a beleza desse território e pude apreciar o nascer do sol no litoral e o crepúsculo no oeste. Ouvi diversas histórias, causos, e acumulei outras tantas. Vivenciei momentos inesquecíveis permeados de alegria e que vêm à tona nesse momento que muito me comove pela forte simbologia e o valor inestimável que a reveste. Enfim, no curso dessa caminhada fiz amigos e estreitei laços que permitem carregá-los no meu coração!!! Fui bem recebido neste Estado e dele recebi, para o meu orgulho e de minha família, o título de cidadão catarinense. Considero aqui a minha casa, a minha estância. Embora tudo isso fosse suficiente para nutrir o sentimento de plena e completa realização pessoal, familiar e profissional, recebi, com muita honradez, o voto de confiança de meus pares para assumir a Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e conduzir o Poder Judiciário no biênio 2016-2018. Por isso, neste momento em que tenho a honra de ver meu retrato afixado na galeria de ex-Presidentes ombreando aqueles que muito contribuíram para a construção, o desenvolvimento e

o fortalecimento do Poder Judiciário Catarinense, sinto-me no dever de externar a minha profunda e sincera gratidão pelo apoio, auxílio e incentivo que recebi de meus diletos colegas magistrados, pela dedicação e esforço dos valorosos servidores do Poder Judiciário Catarinense e, acima de tudo, pela paciência, amparo, compreensão e amor que recebi de minha esposa Ana Cristina Pacheco e de meus filhos Eduardo Neto Marques e Antônio Torres Marques, que suportaram com serenidade os momentos de minha ausência e de meu afastamento do convívio familiar por força do exercício do cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Muito obrigado”.

Neste momento, todos foram convidados a dirigir-se ao 11º andar da Torre I para acompanhar o descerramento do retrato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Fontes na Galeria dos Corregedores

DESCERRAMENTO DO RETRATO DO excelentíssimo senhor desembargador RICARDO OROFINO DA LUZ FONTES NA GALERIA DOS CORREGEDORES

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Petry Junior – Corregedor-Geral da Justiça iniciou o ato solene de descerramento do retrato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Fontes ressaltando o trabalho realizado por Sua Excelência na gestão anterior, o que proporcionou o avanço da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina em âmbito nacional, tirando o Estado da penúltima colocação no Conselho Nacional de Justiça para o honroso 8º lugar.

Após o descerramento do retrato, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Fontes fez uso da palavra e destacou que a homenagem recebida é o coroamento de uma carreira, imortalizando o trabalho feito. Agradeceu, ainda, os colegas que o ajudaram na gestão da Corregedoria, como o Excelentíssimo Senhor Desembargador Salim Schead dos Santos, que foi Vice-Corregedor-Gera da Justiça naquela gestão.

Dando seguimento à Sessão do Tribunal Pleno, todos foram convidados a retornar à Sala de Sessões Ministro Teori Zavascki para homenagem aos magistrados aposentados.

HOMENAGEM AOS MAGISTRADOS APOSENTADOS NO SEGUNDO SEMESTRE DO ANO DE 2018.

Todos foram convidados para receber os magistrados homenageados, que foram conduzidos pelos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz César Medeiros e Antônio Zoldan da Veiga.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina presta homenagem aos Excelentíssimos Senhores Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein e Juíza de Direito Tânia Regina Vieira Luiz em reconhecimento aos relevantes serviços prestados pelos magistrados.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein ingressou na magistratura estadual em 1987, julgou nas comarcas de Lages, Pinhalzinho, Maravilha, São Miguel do Oeste, Brusque e Capital, sendo promovido ao cargo de desembargador em 2009. Integrou, por fim, a 5ª Câmara Comercial deste Tribunal.

A Senhora Noerci, esposa do Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein foi convidada para fazer a entrega da homenagem.

A Excelentíssima Senhora Juíza de Direito Tânia Regina Vieira Luiz ingressou na magistratura estadual em 1992. Judicou nas comarcas de Tubarão, Capital, Porto Belo, Taió, Itapema e São José. Atuou, por fim, como titular da 2ª Vara Criminal da comarca de São José.

O Senhor Wilson, esposo da Excelentíssima Senhora Juíza de Direito Tânia Regina Vieira Luiz foi convidado para fazer a entrega da homenagem.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Antônio Zoldan da Veiga fez o seguinte pronunciamento para saudar os homenageados: “Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Rodrigo Collaço, peço permissão para me dirigir aos nossos queridos colegas homenageados, Cláudio Valdyr Helfenstein e Tânia Regina Vieira Luiz, e em seus nomes saudar a todos que participam desta sessão. Estou muito honrado em saudar os colegas Cláudio e Tânia, na minha primeira participação neste Pleno. Preciso abrir um parêntese para dizer que o destino sabe o que faz. Estou tendo a oportunidade de dirigir palavras aos colegas e, preciso registrar, de maneira especial, à Juíza Tânia, colega e amiga, que me recebeu muito bem em Tubarão, no ano de 1993, na primeira comarca em que atuei, e muito me ajudou. Obrigado minha amiga. Esta missão, já programada pelo destino há muitos anos, me fez refletir nas palavras necessárias para o momento... Serão palavras de reconhecimento. Palavras de gratidão. Para celebrar este momento na vida destes dois colegas que foram dedicadíssimos na missão que abraçaram. Reconhecimento ao trabalho, por todos esses anos, que passo a descrever, resumidamente: Nosso colega, hoje desembargador aposentado, Cláudio Valdyr Helfenstein iniciou a missão de julgar no ano de 1987. Trabalhou em várias comarcas deste nosso estado. Destaco as comarcas de Pinhalzinho, Maravilha, São Miguel do Oeste, Concórdia e Capital. Que representam as promoções na carreira, a progressão funcional, além da comarca de Brusque, escolhida para desempenhar a sua missão por longo período. Ascendeu a este egrégio Tribunal em 2008, como juiz substituto de segundo grau, sendo promovido ao cargo de desembargador desta casa em 2009, onde exerceu suas funções até julho deste ano, quando, voluntariamente, abraçou uma nova missão. Nossa colega, hoje juíza de direito aposentada, Tânia Regina Vieira Luiz. Sua missão de julgar iniciou, no poder judiciário catarinense, em 1992. Também trabalhando em várias comarcas deste nosso estado. Onde destaco, inicialmente, a comarca de Tubarão, onde a conheci e onde exerceu por alguns anos a função de juíza de direito substituta. A sua carreira passou por Porto Belo e São José, devendo ser lembradas as comarcas de Taió e Itapema, também escolhidas para remoção. Em São José, desde 2008, desempenhou, com dedicação, suas funções até setembro deste ano, quando, voluntariamente, também abraçou uma nova missão. A trajetória de cada um desses nossos queridos colegas comprova, apenas observando o deslocamento territorial percorrido, que somente com dedicação e muito amor à causa da justiça, é possível o exercício da magistratura. Poderia, agora, traçar um grande paralelo com a família de cada um de vocês. Porém, fico onde tudo começou, com seus pais, os responsáveis por vossas existências. Naquele momento iniciou a beleza de suas vidas (iniciou a celebração). E hoje, acompanhados de seus familiares nesta sessão, celebram juntos mais uma etapa cumprida. Como já disse, cumprida com dedicação e amor à causa que escolheram, à causa da justiça. Cláudio e Tânia, vocês estão de parabéns. Parabéns pelo desempenho de forma exemplar, engrandecendo este Tribunal de Justiça. E eu, com muito orgulho, externo nossa gratidão. Agradeço, em nome desta Corte e em nome da sociedade catarinense, o que estão nos deixando: o trabalho, as decisões, as soluções dos conflitos (conflitos que lhes bateram à porta todos os dias durante o exercício da magistratura). Agradeço todas as lições e

afirmo que parte de vossas vidas permanecerá, definitivamente, na história. Na memória desta casa, e agora, com muita alegria, desejo que o sucesso, até aqui alcançado, os acompanhe nessa nova missão escolhida por vocês. Meus amigos Cláudio e Tânia, recebam o carinho desta casa e o agradecimento. Agradecimento pela bondade de nos presentear com a história de cada um de vocês. Sejam muito felizes! Muito obrigado”.

Em nome dos magistrados aposentados, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, cumprimentou as autoridades presentes e fez o seguinte pronunciamento: “Famíliares, minhas filhas, Aline e Sabrina, minha esposa Noerci, meu genro Alexandre, e a mais nova integrante da família Sofia, centelha de luz divina que Deus nos mandou de presente. Obrigado pela presença Senhoras e Senhores. Quisera ter o dom da palavra para conseguir expressar o sentimento. Mas subjugado pela emoção fica difícil. Só consigo dizer obrigado, muitíssimo obrigado. Após mais de quarenta e quatro anos de trabalho, incluídos trinta e um anos e cerca de dois meses de atividades jurisdicionais, decidi encerrar a carreira. Iniciar outro ciclo existencial. Entendo pertinente relembrar em parte o que afirmei por ocasião da minha posse no cargo de desembargador. ‘É uma honra, motivo de muito orgulho poder integrar o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Corte respeitada e referida com louvor em todo o país, que conjuntamente com todos os magistrados catarinenses, servem de exemplo. Pois é composta de ilustres juizes, doutrinadores renomados, juizes abnegados e extremamente dedicados ao trabalho. Verdadeiros sacerdotes que cumprem com muita sabedoria a sagrada missão de distribuir justiça’. Esta homenagem causa-me uma alegria muito grande. Sinto-me imensamente gratificado e honrado. Sem olvidar que nada fiz, além de cumprir minha obrigação profissional. Não posso deixar de registrar o agradecimento ao eminente Desembargador Zoldan pelas palavras ditas. Um agradecimento distinto também aos servidores do Poder Judiciário, assessores e estagiários que me acompanharam nesta longa jornada e à minha família, que tanto me apoiou em tantos momentos difíceis em cada vez que eu anunciava ‘Estamos de partida. Vamos para outra comarca.’ Para finalizar, rogo ao grande arquiteto dos universos para que ilumine, abençoe e proteja esta Casa. Muito Obrigado”.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço – Presidente cumprimentou os presentes, fazendo o seguinte pronunciamento: “Esse momento de homenagem é por tudo apropriado. Porque nesse momento, o Senhor e a Senhora já escreveram sua história na magistratura catarinense. E a história de ambos é uma história irretocável de absoluta dignidade, de retidão, de dedicação à causa da justiça. Então, só cabe a nós outros, que ainda permanecemos aqui, o reconhecimento e o agradecimento por terem dedicado tanto tempo das suas vidas, tanto em termos de anos que permaneceram aqui no Tribunal, quanto na luta diária que é uma luta dura, uma luta difícil. Ambos são colegas reconhecidos pelo trabalho e pela honestidade. Então, aqui fica da parte do Tribunal o agradecimento, o reconhecimento e o desejo que os senhores sejam muito felizes e aproveitem bem o tempo junto às suas famílias. Muito obrigado e parabéns”.

A sessão foi suspensa para registro fotográfico e cumprimentos.

APROVAÇÃO DAS ATAS N. 401, DA SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE 10 DE AGOSTO DE 2018 E N. 402, DA SESSÃO SOLENE DE 31 DE AGOSTO DE 2018

Postas em discussão e não impugnadas, foram aprovadas as Atas n. 401, da Sessão Extraordinária de 10 de agosto de 2018 e n. 402, da Sessão Solene de 31 de agosto de 2018.

Eleição para o cargo de Juiz Efetivo, categoria Juiz de Direito, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagou em decorrência da promoção do magistrado Antônio Zoldan da Veiga ao cargo de Desembargador, nos autos do Processo Administrativo eletrônico n. 35285/2018. Relator o excelentíssimo senhor desembargador Rodrigo Collaço – Presidente

Foi eleito o magistrado Jaime Pedro Bunn para o cargo de Juiz Efetivo, categoria Juiz de Direito, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagou em decorrência da promoção do magistrado Antônio Zoldan da Veiga ao cargo de Desembargador.

Em escrutínio secreto, estando presentes 71 (sessenta e um) desembargadores, foram computados aos magistrados Osmar Mohr, 5 (cinco) votos; Stephan Klaus Radloff, 3 (três) votos; Maria Paula Kern, 21 (vinte e um) votos; Antônio Augusto Baggio e Ubaldo, 2 (dois) votos; Brigitte Remor de Souza May, 1 (um) voto; Luis Francisco Delpizzo Miranda, 2 (dois) votos; Jaime Pedro Bunn, 36 (trinta e seis) votos; e Rafael Sandi, 1 (um) voto.

Eleição para o cargo de Juiz Substituto, categoria Juiz de Direito, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagará em decorrência do término do primeiro biênio do Juiz de Direito Stephan Klaus Radloff, nos autos do Processo Administrativo eletrônico n. 35289/2018. RELATOR O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO – PRESIDENTE

Foi eleito o magistrado Luis Francisco Delpizzo Miranda para o cargo de Juiz Substituto, categoria Juiz de Direito, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagará em decorrência do término do primeiro biênio do Juiz de Direito Stephan Klaus Radloff.

Em escrutínio secreto, estando presentes 71 (sessenta e um) desembargadores, foram computados aos magistrados Osmar Mohr, 30 (trinta) votos; Antonio Augusto Baggio e Ubaldo, 10 (dez) votos; Leone Carlos Martins Júnior, 4 (quatro) votos; Luis Francisco Delpizzo Miranda, 14 (quatorze) votos; Cleusa Maria Cardoso, 1 (um) voto; Luiz Cláudio Broering, 1 (um) voto; Rudson Marcos, 1 (um) voto; Rafael Sandi, 6 (seis) votos; Marcelo Volpato de Souza, 2 (dois) votos; e Rafael Brüning, 2 (dois) votos.

Como nenhum candidato atingiu a maioria dos votos dos desembargadores presentes, procedeu-se ao segundo escrutínio secreto com os dois candidatos mais votados. Em segundo escrutínio secreto, estando presentes 71 (setenta e um) desembargadores, foram computados aos magistrados Osmar Mohr, 35 (trinta e cinco) votos e Luiz Francisco Delpizzo Miranda, 36 (trinta e seis) votos.

Apresentação do projeto de lei complementar estadual que dispõe sobre o novo regimento de custas. RELATOR O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO – PRESIDENTE

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço – Presidente apresentou aos membros do Tribunal Pleno a matéria a ser apreciada pelo Órgão Especial que visa a alterar o Regimento de Custas e Emolumentos do estado de Santa Catarina.

Apresentação do Plano de Comunicação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. RELATOR O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO – PRESIDENTE

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço – Presidente apresentou aos membros do Tribunal Pleno e solicitou a colaboração de todos com a nova gestão na área de comunicação. Informou sobre a reformulação na Assessoria de Imprensa transformada em Assessoria de Comunicação, mais abrangente e mais moderna, com a divulgação dos trabalhos realizados pelo Poder Judiciário catarinense para a sociedade de forma positiva, inclusive por meio de redes sociais.

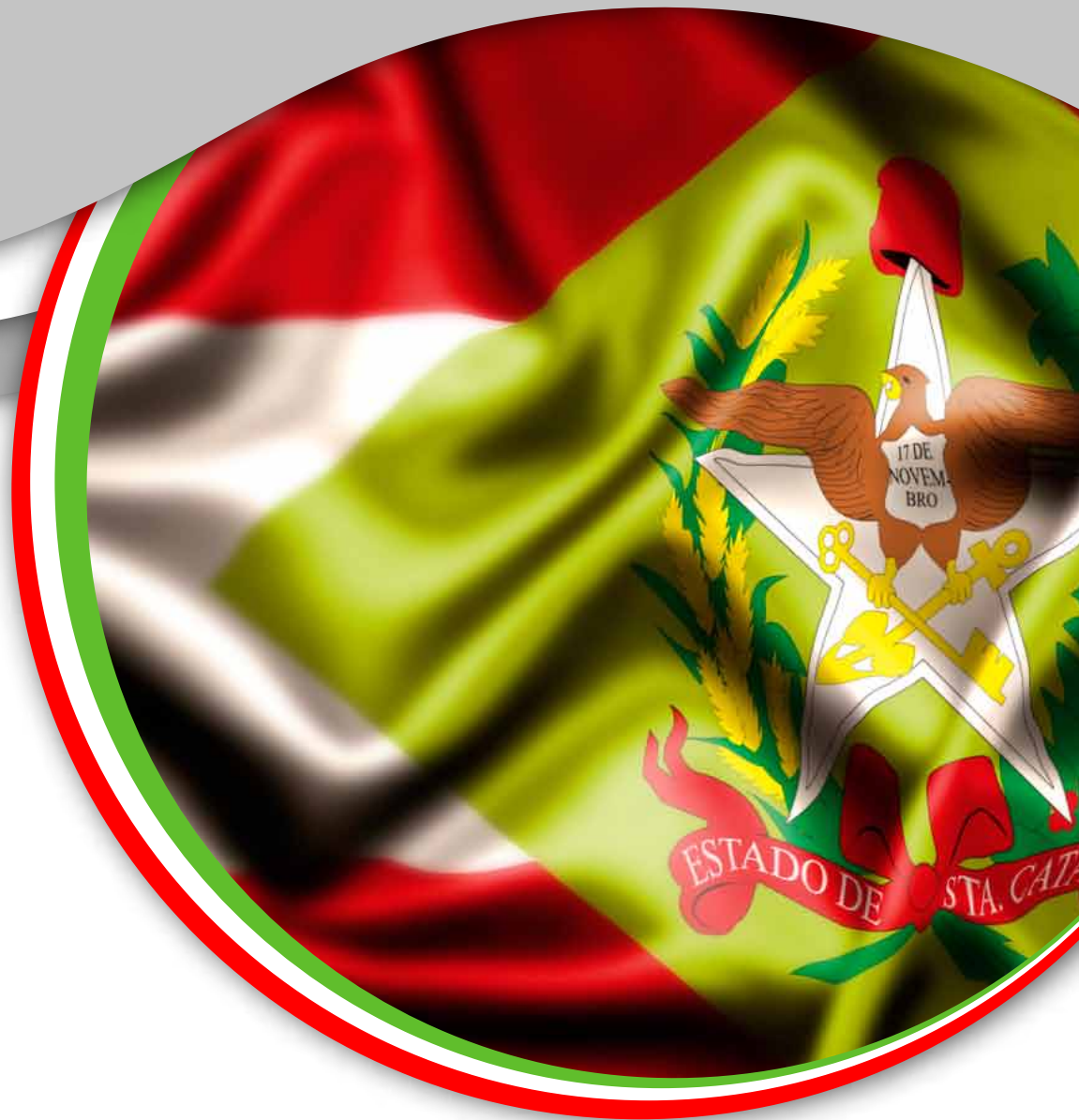
Nada mais havendo a tratar, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente encerrou a sessão às 16 horas e 35 minutos.

Para constar, lavro a presente ata, que subscrevo e vai assinada pelo Diretor-Geral Judiciário e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Graziela Marostica Callegaro,....., Secretária do Tribunal Pleno.

É parte integrante desta ata a mídia eletrônica que contém a gravação da sessão, conforme Ato Regimental n. 108/2010-TJ.

Maurício Walendowsky Sprícigo
Diretor-Geral Judiciário

Rodrigo Collaço
PRESIDENTE



RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP: 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP: 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP: 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP: 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP: 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP: 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados

CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP: 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 – Centro

CEP: 88160-000 – Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha

CEP: 89036-260 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau

Praça Victor Konder, 01 – Centro

CEP: 89010-150 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro

CEP: 88680-000 – Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Praça Padre Roer, 118 – Centro

CEP: 88750-000 – Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, 55 – Centro

CEP: 88350-051 – Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro

CEP: 89500-000 – Caçador

Telefone: (49) 3561-2540

Fórum da Comarca de Camboriú

Rua São Paulo, 1271 – Areias

CEP: 88345-662 – Camboriú

Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro

CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê

Rua Maranhão, 865 – Centro

CEP: 89980-000 – Campo Erê

Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos

Praça Lauro Müller, 121 – Centro

CEP: 89620-000 – Campos Novos

Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP: 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP: 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP: 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP: 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador Eduardo Luz

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP: 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP: 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP: 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP: 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salete

CEP: 89700-316 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP: 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP: 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porã

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de 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 Mondaí

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP: 89893-000 – Mondaí

Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 88370-112 – Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans

Rua Rui Barbosa, 320 – Centro

CEP: 88870-000 – Orleans

Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa

Rua Balduino Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Curt Hering, 19 – Centro

CEP: 89150-000 – Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo

Rua Presidente Juscelino, 703 – Centro

CEP: 89850-000 – Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo

Rua 29 de Dezembro, 70 – Centro

CEP: 89198-000 – Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste

Rua XV de Novembro, 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

4021697-39.2018.8.24.0000, Capital.....	148
8000215-80.2018.8.24.0900, Capital.....	157
4.382 (STF), Santa Catarina.....	28
5.432 (STF), Santa Catarina.....	35
156.113 (STF), Santa Catarina.....	43

AÇÕES RESCISÓRIAS

4009214-45.2016.8.24.0000, Braço do Norte.....	418
0118995-07.8.24.0000, São José do Cedro.....	425
4022806-07.2018.8.24.0900, Capital.....	592
4011059-44.2018.8.24.0000, São José.....	262
0127208-02.2015.8.24.0000, Criciúma.....	281

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

0002722-25.2018.8.24.0004, Araranguá.....	761
---	-----

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA

0153022-16.2015.8.24.0000/50000, São José.....	252
--	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

4029440-37.2017.8.24.0000, Forquilha.....	402
4027028-18.2018.8.24.0900, Capital.....	299
4014806-70.2016.8.24.0000, Trombudo Central.....	310
4008974-85.2018.8.24.0000, Curitiba.....	349
4008771-94.2016.8.24.0000, Curitiba.....	356
4003296-89.2018.8.24.0000, Camboriú.....	397
4026298-88.2018.8.24.0000, Tangará.....	436
4022259-48.2018.8.24.0000 e 4022259-48.2018.8.24.0000/50000, São José.....	450
0033418-27.2016.8.24.0000, Criciúma.....	499
4020623-63.2018.8.24.0900, São José.....	530

4010325-30.2017.8.24.0000, Jaraguá do Sul.....	554
4022660-81.2017.8.24.0000, Joinville.....	632
4017308-79.2016.8.24.0000, Itajaí.....	694

AGRAVOS INTERNOS

0001222-68.2008.8.24.0037/50001, Joaçaba.....	101
4000394-66.2018.8.24.0000/5000, Capital.....	585
0000269-06.2017.8.24.0000/5001, Blumenau.....	733
1.373.051 - SC (2013/0066633-5).....	48
1.465.895 - SC (2014/0166153-5).....	51
0000635-45.2011.8.24.0068/50002, Seara.....	116
0504637-23.2013.8.24.0038/50001, Joinville.....	120

APELAÇÕES CÍVEIS

2017.900071-8, São Joaquim.....	138
0002913-29.2013.8.24.0042, Maravilha.....	190
0003867-04.2000.8.24.0019, Concórdia.....	201
0309041-30.2014.8.24.0018, Chapecó.....	218
0034240-43.2009.8.24.0038, Joinville.....	286
0016080-28.2013.8.24.0038, Joinville.....	318
0301561-35.2017.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	324
0313008-68.2014.8.24.0023, Capital.....	330
0300356-36.2017.8.24.0242, Ipumirim.....	341
0301369-89.2014.8.24.0011, Brusque.....	346
0003016-83.2015.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	359
0307421-30.2017.8.24.0033, Itajaí.....	370
0301983-09.2018.8.24.0091, Capital.....	375
0302161-47.2017.8.24.0008, Blumenau.....	384
0004073-48.2012.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....	392
0001836-64.2011.8.24.0103 e 0000877-25.2013.8.24.0103, Araquari.....	406

0303062-2014.8.24.0007, Biguaçu.....	442
0014388-87.2005.8.24.0033, Itajaí.....	453
0311062-08.2016.8.24.0018, Chapecó.....	470
0301840-88.2018.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	485
0000395-52.2011.8.24.0037, Joaçaba.....	493
0301565-13.2018.8.24.0175, Meleiro.....	527
0004569-03.2007.8.24.0019, Concórdia.....	544
0311407-13.2016.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	568
0300275-24.2015.8.24.0027, Ibirama.....	599
0900107-55.2014.8.24.0011, Brusque.....	610
0305320-21.2015.8.24.0023, Capital.....	617
0010307-15.2012.8.24.0045, Palhoça.....	626
0900013-71.2016.8.24.0065, São José do Cedro.....	642
0303353-76.2017.8.24.0020, Criciúma.....	654
0502914-48.2012.8.24.0023, Capital.....	658
0000586-51.2011.8.24.0020, Criciúma.....	662
0038240-18.2011.8.24.0038, Joinville.....	675
0003880-37.2013.8.24.0022, Curitibaanos.....	697
0001181-80.2014.8.24.0073, Timbó.....	701
0300699-58.2015.8.24.0256, Modelo.....	227
0024048-43.2011.8.24.0018, Chapecó.....	245
0004942-16.2009.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....	234
0501274-43.2013.8.24.0033, Itajaí.....	507
0312250-75.2016.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	574
0305789-85.2016.8.24.0038, Joinville.....	638
0027805-30.2011.8.24.0023, Capital.....	688
APELAÇÕES CRIMINAIS	
0133593-36.2013.8.24.0064, São José.....	752
0002922-71.2017.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....	771

0016721-56.2016.8.24.0023, Capital.....	789
0002384-55.2015.8.24.0069, Sombrio.....	797
0003007-44.2016.8.24.0018, Chapecó.....	807
0036261-61.2014.8.24.0023, Capital.....	818
0900120-77.2018.8.24.0055, Rio Negrinho.....	823
0007616-45.2016.8.24.0091, Capital.....	827
0009741-15.2010.8.24.0020, Criciúma.....	841
0142173-17.2014.8.24.0033, Itajaí.....	767
0002904-03.2014.8.24.0052, Porto União.....	793

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1000227-71.2016.8.24.0000, Itá.....	109
-------------------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

0028154-54.2001.8.24.0000, Santo Amaro da Imperatriz.....	432
---	-----

HABEAS CORPUS

4029605-50.2018.8.24.0000, Capital.....	836
---	-----

MANDADOS DE SEGURANÇA

4013497-59.2018.8.24.0900, Capital.....	179
4023916-41.2018.8.24.0900, Xaxim.....	830
4017080-36.2018.8.24.0000, Capital.....	580
4015167-35.2018.8.24.0900, Blumenau.....	804

PETIÇÃO

4005039-37.2018.8.24.0000, Chapecó.....	68
---	----

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

2017.900096-3, Videira.....	131
2018.900013-3, Ibirama.....	135

RECURSOS ESPECIAIS

0001988-24.2013.8.24.0045/50000, Palhoça.....	80
0006985-03.2015.8.24.0038/50000, Joinville.....	83
4019969-76.2018.8.24.0900/50001, São Francisco do Sul.....	104
1.765.567 - SC (2018/0233120-6).....	55

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

0021519-74.2013.8.24.0020/50002, Criciúma.....	99
0009911-61.2008.8.24.0018/50004, Chapecó.....	107

REVISÕES CRIMINAIS

4009066-63.2018.8.24.0000, Xaxim.....	709
4011343-68.2018.8.24.0900, São José.....	714
4003502-06.2018.8.24.0000, Joinville.....	722
4003251-85.2018.8.24.0000, Tijucas.....	726
0132230-75.2014.8.24.0000, Santo Amaro da Imperatriz.....	745

SENTENÇAS

0900127-86.2016.8.24.0072, Tijucas.....	860
0002008-09.2018.8.24.0055, Rio Negrinho.....	847

SUSPENSÕES DE LIMINAR

4024642-15.2018.8.24.0900, Capital.....	64
4016767-91.2018.8.24.0900, Chapecó.....	76



ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

ISENÇÃO DA TARIFA DE PEDÁGIO EM RODOVIAS FEDERAIS DO ESTADO PARA VEÍCULOS EMPLACADOS EM MUNICÍPIOS DETERMINADOS.....28

LEI Nº 2.180/2018. PROGRAMA FAMÍLIA ACOLHEDORA. ACOLHIMENTO PROVISÓRIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE PRIVAÇÃO TEMPORÁRIA DO CONVÍVIO COM A FAMÍLIA DE ORIGEM.....148

LEI Nº 4.080/2015 QUE PROÍBE A COMERCIALIZAÇÃO E O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS DE QUALQUER GRADUAÇÃO EM CERTOS LOGRADOUROS PÚBLICOS MUNICIPAIS.....157

VEDAÇÃO DE PROPAGANDA DE MEDICAMENTOS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SONOROS, AUDIOVISUAIS E ESCRITOS.....35

AÇÕES RESCISÓRIAS

CONTRATOS BANCÁRIOS VINCULADOS À CONTA-CORRENTE.....234

CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS. MUDANÇA DE GABARITO. ENUNCIADO CONSIDERADO “FALSO” POR ERRO ORTOGRÁFICO.....592

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....262

INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO QUE MANTEVE SENTENÇA QUE REJEITOU EMBARGOS MONITÓRIOS E CONDENOU A REQUERENTE AO PAGAMENTO DE 34 CHEQUES.....418

ÓBITO DO AUTOR NOTICIADO. DIREITO TRANSMISSÍVEL. DECISÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO.....281

PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ARESTO PROFERIDO PELA CÂMARA REGIONAL DE CHAPECÓ DESTA CORTE NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.030650-1 E DE NOVO JULGAMENTO.....425

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA-CORRENTE.....349

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS.....450

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. APÓLICE DE SEGURO.....	530
DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. APÓLICE DE SEGURO. GARANTIA JUDICIAL.....	530
INIBITÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	436
INVENTÁRIO. CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E ULTERIOR DOAÇÃO.....	402
INVENTÁRIO. ILEGITIMIDADE DO EX-COMPANHEIRO PARA REQUERER A ABERTURA DO INVENTÁRIO.....	356
INVENTÁRIO JUDICIAL. AVENTADA A NULIDADE DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS.....	397
IRRESIGNAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.....	694
OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR ESPECIALIZADO PARA PRESTAR ASSISTÊNCIA A ALUNA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS.....	632
RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO ORIUNDO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.....	499
RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	554
TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE DE URGÊNCIA. ARROLAMENTO E INDISPONIBILIDADE DE BENS. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA E ALIMENTOS.....	299
TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. CONDOMÍNIO HORIZONTAL INACABADO E COM DIVERSOS VÍCIOS CONSTRUTIVOS. INADIMPLEMENTO DO CONSTRUTOR JUSTIFICADO PELO INSUCESSO DA EMPREITADA.....	310

AFASTAMENTO DE SERVIDORES DO CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL E RETORNO AO CARGO DE CONSULTOR JURÍDICO.....64

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

REGRESSÃO CAUTELAR DO REGIME PRISIONAL.....761

AGRAVOS INTERNOS

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. *MANDAMUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....252

ART. 1021. RECURSOS REPETITIVOS OU DE REPERCUSSÃO GERAL JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....101

DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL, SEM ANÁLISE DE MATÉRIAS SUBMETIDAS À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS.....116

DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DA CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A DECISÃO TOMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA (TEMAS 24 A 27 E 28).....120

DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA AGRAVADA.....733

PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.....585

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO POR APROPRIAÇÃO INDÉBITA.....43

APELAÇÕES CÍVEIS

AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PEDIDO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUTORA PORTADORA DE DEGENERAÇÃO MACULAR NEOVASCULAR.....701

ADOÇÃO UNILATERAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....384

BUSCA E APREENSÃO. VEÍCULO REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO.....	527
CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO. REPASSE DE VERBA NÃO ADIMPLIDO.....	642
COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ALEGADA INVALIDEZ LABORAL.....	245
CONCURSO PÚBLICO. AGENTE E ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL.....	688
CRÉDITO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. REVISÃO DE CONTRATO.....	507
CONSTRUÇÃO DE AVIÁRIO MEDIANTE CONTRATO DE EMPREITADA POR OBRA GLOBAL. FALHA NA OBRA RESULTANDO EM VAZAMENTO E INFILTRAÇÃO NO TELHADO.....	227
CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.....	485
CUSTEIO DE TRANSPORTE PARA CRIANÇA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. POBREZA DA FAMÍLIA, QUE NÃO REÚNE AS MÍNIMAS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS PARA ARCAR COM A DESPESA RELATIVA AO TRANSPORTE DO INFANTE.....	610
DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA PERANTE OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.....	346
DECLARATÓRIA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE FATO CUMULADA COM PEDIDO DE RESOLUÇÃO E APURAÇÃO DE HAVERES.....	442
DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO EM DESALINHO COM A LEI N. 2.218/2005, DO MUNICÍPIO DE PALHOÇA.....	626
DIREITO DE FAMÍLIA. HABILITAÇÃO DE CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	375
DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CANCELAMENTO DE VOO. DANOS MATERIAIS. DESPESAS COM PASSAGENS AÉREAS DE OUTRA COMPANHIA.....	330
DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, APURAÇÃO E COBRANÇA DE HAVERES.....	493
IMISSÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA.....	286
IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO DE INCORPORAÇÃO DE EMPREENDIMENTO COMO CONDOMÍNIO EM LOTES.....	138

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. FILÉS DE TILÁPIA EM CÂMARA DE REFRIGERAÇÃO E CONGELAMENTO. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERDA TOTAL DO PRODUTO.....	392
INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VENCIMENTO DE TÍTULOS.....	470
OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL.....	318
OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO.....	617
OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE VAGA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO INFANTIL MUNICIPAL, PRÓXIMA DA RESIDÊNCIA DAS CRIANÇAS OU DE TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO.....	654
OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MARCAS E PATENTES. DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA MARCA.....	568
PRESTAÇÃO DE CONTAS. REVISÃO DE CLAUSULAMENTOS CONTRATUAIS EM SEDE DE AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.....	544
REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. INAPLICABILIDADE DA LEI NACIONAL AOS NASCIDOS EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO.....	341
RENOVATÓRIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. IMÓVEL LOCADO PARA INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE PARA DESENVOLVIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA.....	218
RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. INCLUSÃO DE PATRONÍMICO DA BISAVÓ PATERNA. DIREITO À PRESERVAÇÃO DAS ORIGENS FAMILIARES.....	474
RESCISÃO CONTRATUAL E AÇÃO REVISIONAL. ABUSIVIDADE. VINCULAÇÃO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES AO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE.....	406
RESCISÃO DE CONTRATO DE PERMUTA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	201
RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	324
RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA. TRATAMENTO FORNECIDO PELO SUS. PROCEDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR.....	697
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR.....	599

REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.....	574
SERVIDORA PÚBLICA. SECRETARIA DE SAÚDE. ADICIONAL DE PERMANÊN- NICA. SERVIDOR EM ATIVIDADE APÓS O INTERSTÍCIO APOSENTATÓRIO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.....	658

AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. PACIENTE COM QUEIMADURAS ATÉ 3º GRAU, DECORRENTES DE ACIDENTE DOMÉSTICO.....	675
DANOS MORAIS. HOMICÍDIO. DECAPITAÇÃO DA VÍTIMA.....	662
DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA JORNALÍSTICA IMPUTANDO CRIME DE ESTELIONATO AO AUTOR.....	359
DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO À HONRA. INFIDELIDADE CONJUGAL.....	190
TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE MERCADORIAS.....	453

APELAÇÕES CRIMINAIS

CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DESTRUIÇÃO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE; DANIFICAÇÃO DE VEGETAÇÃO SECUNDÁRIA EM ESTÁGIO MÉDIO DE REGENERAÇÃO DO BIOMA MATA-ATLÂNTICA E INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA.....	793
CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA.....	797
CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO.....	752
CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE.....	807
CRIME DE ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E DO DOCUMENTO ORIGINAL.....	766
CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.....	841
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO.....	827

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.....	818
REPRESENTAÇÃO POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR.....	823
TENTATIVA DE ESTELIONATO. ESTELIONATO CONTRA IDOSO.....	771
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS.....	789

ARTIGOS

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO MEIO-AMBIENTE NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	1107
BREVES REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO DE TRANSGÊNEROS NO REGISTRO CIVIL.....	1123

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELA CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	109
--	------------

EMBARGOS INFRINGENTES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DIANTE DA LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS À TAXA DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO.....	432
---	------------

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA.....	836
---	------------

MANDADOS DE SEGURANÇA

AÇÃO PENAL QUE APURA O POSSÍVEL COMETIMENTO DO DELITO PREVISTO NO ART. 339, <i>CAPUT</i> C/C ART. 61, INC. II, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.....	830
APLICAÇÃO DA MULTA ESPECIFICADA NO ART. 265, <i>CAPUT</i> , DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	804
NEGATIVA DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO.....	638

PROCESSO SELETIVO. CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA SÓCIOEDUCATIVO. IMPETRANTE REPROVADO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL EM RAZÃO DA OMISSÃO DE EXISTÊNCIA DE BOLETINS DE OCORRÊNCIA EM SEU NOME, POR SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE AMEAÇA E ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....580

PROCESSO SELETIVO PARA JUIZ LEIGO INDENIZADO. COBRANÇA DE MATÉRIA NÃO PREVISTA NO EDITAL.....179

PETIÇÃO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PROVIMENTO DE CARGOS EFETIVOS. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS PARA AS VAGAS DE AGENTE SOCIOEDUCATIVO.....68

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE DECISÓRIO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. OFÍCIO DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE VIDEIRA. PLEITO DE AVERBAÇÃO DO ADITIVO À CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.....131

RECURSO ADMINISTRATIVO. DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL URBANO.....135

RECURSOS ESPECIAS

APELAÇÃO DEFENSIVA PARA REDUZIR AS CONDENAÇÕES POR INFRAÇÃO AO ART. 155, § 1º E § 4º, I e IV DO CÓDIGO PENAL.....83

SÚMULA 282 DO STJ E SÚMULA 7. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA...104

SUPLEMENTO ALIMENTAR EFICÁCIA ERGA OMNES DA SENTENÇA.....80

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

DEVOLUÇÃO DE VALORES. COBRANÇA DE EMOLUMENTOS POR UNIDADE IMOBILIÁRIA.....99

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. BRASIL TELECON S.A. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA.....107

REVISÕES CRIMINAIS

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TESE ALTERNATIVA DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA FRENTE A DIFICULDADES FINANCEIRAS....722

CRIMES DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.....	714
CRIMES DE ROUBO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.....	745
HOMICÍDIO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DE CARÁTER SUBJETIVO QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE A AGRAVANTE DE CARÁTER OBJETIVO.....	709
SUSPENSÃO DE LIMINAR. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS.....	76
TRÁFICO DE ENTORPECENTES.....	726

DISCURSOS

ATA N. 403 - SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO. HOMENAGEM A MAGISTRADOS APOSENTADOS E AOS DESEMBARGADORES TORRES MARQUES E RICARDO FONTES.....	1143
SOLENIIDADE DE POSSE DA DESEMBARGADORA HAIDÉE DENISE GRIN.....	1140
SOLENIIDADE DE POSSE DO DESEMBARGADOR SELSO DE OLIVEIRA.....	1142

SENTENÇAS

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA.....	860
PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL PARA ENTRADA E PERMANÊNCIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO EVENTO “ADHANA FESTIVAL MULTICULTURAL”.....	847



ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre de Moraes.....	28
Alexandre d'Ivanenko.....	823
Altamiro de Oliveira.....	101, 104, 107, 109, 120
Álvaro Luiz Pereira De Andrade.....	234
André Carvalho.....	310, 397, 668
Antônio Zoldan da Veiga.....	830, 836
Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.....	726, 766
Artur Jenichen Filho.....	580, 694
Bettina Maria Maresch de Moura.....	227
Carlos Adilson Silva.....	80, 83, 99, 116
Carlos Roberto da Silva.....	190
Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer.....	841
Cláudia Lambert de Faria.....	384
Cláudio Barreto Dutra.....	574
Denise de Souza Luiz Francoski	701
Denise Volpato.....	406
Dias Toffoli.....	35
Dinart Francisco Machado.....	453
Ernani Guetten de Almeida.....	807
Fabília Alcantara Mondin.....	847
Fernando Carioni.....	281
Francisco Oliveira Neto.....	638
Gerson Cherem II	131
Gilberto Gomes de Oliveira.....	507
Guilherme Nunes Born.....	436
Gurgel de Faria.....	48

Haidée Denise Grin.....	1140
Hélio do Valle Pereira.....	592, 697
Herman Benjamin.....	55
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	752
Jaime Ramos.....	157, 642
Jairo Fernandes Gonçalves.....	392
Jânio Machado	432, 554, 568
Jeferson Osvaldo Vieira.....	1123
João Henrique Blasi.....	626, 632
Joel Dias Figueira Júnior.....	370
Jorge Luis Costa Beber.....	262, 286, 299
Jorge Luiz de Borba.....	617
José Agenor de Aragão.....	245, 356
José Carlos Carstens Kohler.....	530, 544
Júlio César M. Ferreira de Melo.....	722, 797
Leopoldo Augusto Brüggemann.....	804
Luís Roberto Barroso.....	43
Luiz César Medeiros.....	375
Luiz Felipe Schuch.....	201, 218
Luiz Fernando Bolller.....	610
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	709
Luiz Zanelato.....	138, 442
Marcus Tulio Sartorato.....	341
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	179, 346
Mariano do Nascimento.....	450
Maximiliano Losso Bunn.....	1107

Moacyr de Moraes Lima Filho.....	64, 68, 76
Mônani Menine Pereira.....	860
Napoleão Nunes Maia Filho.....	51
Newton Trisotto.....	330
Norival Acácio Engel.....	793
Odson Cardoso Filho.....	688
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.....	599
Paulo Ricardo Bruschi.....	662, 675
Paulo Roberto Sartorato.....	714, 761
Rejane Andersen.....	485
Ricardo Fontes.....	1143
Ricardo Roesler.....	654
Roberto Lucas Pacheco.....	135
Robson Luz Varela.....	425, 470
Ronei Danielli.....	585, 658
Rubens Schulz.....	318
Saul Steil.....	349
Sebastião César Evangelista.....	252, 324
Selso de Oliveira.....	359, 1142
Sérgio Izidoro Heil.....	418, 527
Sérgio Rizelo.....	771, 789
Sidney Eloy Dalabrida.....	733, 818
Soraya Nunes Lins.....	148
Torres Marques.....	1143
Tulio Pinheiro.....	493, 499
Zanini Forneroli.....	745, 827

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical e gerenciamento

Assessoria de Artes Visuais – Núcleo de Comunicação Institucional

Projeto gráfico, editoração eletrônica